COSAS, BIENES y DERECHOS REALES

DERECHO CIVIL II

12°

5ª Reimpresión

2012

José Luis Aguilar Gorrondona

José Luis Aguilar Gorrondona

Derecho Civil II

Cosas, Bienes y Derechos Reales

12ª Edición
Edición revisada y puesta al dia

Universidad Católica Andrés Bello
Caracas, 2012

KHV409
A384
Aguilar Gorrondona, José Luis.
Cosas, Bienes y Derechos Reales. Derecho Civil II / José Luis Aguilar Gorrondona.— Caracas : Universidad Católica Andrés Bello, 1999.
500 p. ; 21 cm.
Incluye todos los archivos
ISBN: 980-244-198-8

1. DERECHO CIVIL -- VENEZUELA 2. BIENES MUEBLES — VENEZUELA. 3. COSAS (DERECHO) — VENEZUELA. I. Título.

Derecho Civil II. Cosas, Bienes y Derechos Reales

Universidad Católica Andrés Bello
Montalbán - La Vega / Caracas
Apartado 29068

Diseño y producción: *Publicaciones UCAB*
Diagramación: *Margarita Páez-Pumar H*
Corrección: *José Luis Civit G.*
Diseño de carátula: *J. Montiel Creativo's*
Impresión: *Impresos Minipres, C.A.*

© Universidad Católica Andrés Bello
12ª edición 2012
5ª Reimpresión
ISBN 980-244-198-8
Hecho el Depósito de Ley
Depósito Legal N° If4591999340920

Reservados todos los derechos.
No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado —electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.—, sin el permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

LIMINAR DE LA PRIMERA EDICIÓN

I

Este nuevo Manual de Derecho Civil que nos atrevemos a publicar en muchos aspectos es semejante a nuestros Manuales sobre Personas (Derecho Civil I) y sobre Contratos y Garantías (Derecho Civil IV).

Así, aunque nuevamente hemos de confesar nuestro deseo de no ser leídos exclusivamente en las Facultades, y también debemos aclarar que con este Manual, sólo intentamos ofrecer un instrumento que facilite a los estudiantes universitarios venezolanos la preparación de uno de sus Cursos de Derecho Civil, el segundo en el caso concreto. Esta finalidad explica pues varias de las limitaciones y características del presente trabajo.

Por constituir un "libro de enseñanza" este Manual sólo trata de los temas comprendidos en el respectivo programa de estudios dentro de la corriente de quienes prefieren exponer los temas relativos a la posesión antes de abordar el estudio de los derechos reales definitivos, así como lo hicieron antes en sus manuales Manuel Simón Egaña y Gert Kummerow.

Por otra parte, dado que a nuestros estudiantes se les exige escolaridad, no se ha pretendido crear un instrumento de estudio para autodidactas, de modo que la plena comprensión de las páginas de este Manual presupone las explicaciones de un catedrático a quien no se pretende sustituir.

La extensión y profundidad con que se tratan los diversos temas, así como el número y selección de las notas, también están condicionadas por la finalidad docente de este trabajo.

II

Tampoco esta primera edición rompe con la "tradición" de los anteriores manuales de haber sido precedida de varias ediciones de apuntes reproducidos por medios distintos de la imprenta y de aparecer cuando podría decirse que la obra está incompleta. En efecto, no incluye el tema del Patrimonio ni del Registro inmobiliario, omisiones que nos proponemos subsanar en lo futuro; ni tampoco el tema de la enfiteusis, materia que de hecho se estudia en el curso de Contratos y Garantías sin que su importancia actual justifique tratarla en dos cursos diferentes.

III

Desde otro punto de vista, el presente Manual iba a presentar la novedad de ser una obra escrita en colaboración con mi cuñado, Ángel Bernardo Viso. De hecho los borradores de los capítulos iniciales, redactados por mí, fueron revisados y corregidos por él.

Lamentablemente para mí y para la obra, mi hermano político, tuvo que interrumpir su colaboración debido a exigencias de su ejercicio profesional y luego optó por dejar correr su pluma con todo éxito hacia otros campos de su amplia vocación cultural.

IV

Agradecemos vivamente la recopilación de la jurisprudencia nacional que está publicada, hecha para esta obra por el abogado Jesús María Casal, anteriormente nuestro alumno (*), como también lo fue su padre.

El presente trabajo ya no pretende tratar de remediar la carencia de textos o manuales adaptados a nuestro Derecho en la materia a que, se refiere.

(*) Actualmente Decano de la Facultad de Derecho de la UCAB.

De hecho existen tanto el *Compendio de Bienes y Derechos Reales* de Gert Kummerow que lleva tres ediciones (de 1965, 1969 y 1980), como el primer volumen del texto *Bienes y Derechos Reales* (1974) de Manuel Simón Egaña, aun cuando todavía no ha aparecido el segundo. No se trata pues ahora de llenar un vacío, tarea que ya ha sido cumplida a cabalidad por otros.

Así pues el propósito es diferente. La obra de Egaña está agotada hace tiempo, la única edición de su primer volumen data de 15 años atrás y no conocemos señales ni de que se vaya a reeditar ese volumen ni a publicar el segundo por lo menos a corto plazo, de modo que, en la práctica y fuera de las bibliotecas no está disponible sino un solo texto, el magnífico texto de Kummerow. Ahora bien, superada la primera necesidad de que existiera al menos un manual adaptado a nuestro Derecho, creemos que el progreso de los estudios jurídicos requiere dar el paso de poner a la disposición de los estudiantes dos o más manuales adaptados a nuestro ordenamiento para cada curso a fin de no condenarlos a ser "estudiantes de un solo libro".

Caracas, julio de 1989.

NOTA PRELIMINAR A LA OCTAVA EDICION

En sucesivas ediciones la presente obra conserva su carácter inicial; pero, salvo en oportunidades de imprevistas urgencias, ha sido objeto de ajustes, puestas al día y adición de temas que, como ya se advertía en el Liminar de la primera edición no se trataban, omisiones que nos proponíamos tratar. En concreto, señalábamos los casos del tema del patrimonio y del tema del registro inmobiliario. El primero de ellos ya fue incorporado con anterioridad a la presente edición. En cambio, el tema del registro inmobiliario sigue sin ser incorporado e incluso dudamos de que lo podamos incorporar algún día debido a las dificultades para hacerlo sin mutilaciones al propio tiempo que en términos asequibles a alumnos que no han cursado previamente ni siquiera un año de Derecho Administrativo.

ABREVIATURAS

Ap.	Apelación
ap.	aparte
art.	artículo
C. C.	Código Civil
C. Cas.	Corte de Casación
C. Com.	Código de Comercio
C. E. C.	Código de Enjuiciamiento Criminal
C. F.	Corte Federal
C. F. C.	Corte Federal y de Casación
C. Pen.	Código Penal
C. S. J.	Corte Suprema de Justicia
C. P. C.	Código de Procedimiento Civil
Circ. Jud.	Circunscripción Judicial
Civ.	Civil
Const.	Constitución
Cte.	Corte
Dec.	Decreto
disp.	Disposición
D. F.	Distrito Federal
Edo.	Estado
encab.	encabezamiento
Exp. Mots.	Exposición de Motivos

Gac. For.	Gaceta Forense
Inst.	Instancia
J.G.D.C.V.	*Jurisprudencia y Crítica de la Doctrina de la Casación Venezolana,* del doctor Gustavo Manrique Pacanins.
J.C.F.C.	*Jurisprudencia de la Corte Federal y de Casación (en Sala Civil), 1924-1949,* del doctor José Enrique Machado.
J.T.R.	*Jurisprudencia de los Tribunales de la República,* publicada por el Instituto de Codificación y Jurisprudencia del Ministerio de Justicia.
Jur. An. Vza	*Jurisprudencia Analítica de Venezuela, Casación Civil, Mercantil y del Trabajo,* Dr. Luis T. Laya M.
Juzg.	Juzgado
L.P.H.	Ley de Propiedad Horizontal
L.V.P.	Ley de Venta de Parcelas
Mem.	Memoria
Merc.	Mercantil
ord.	ordinal
Pen.	Penal
R. & G.	*Jurisprudencia Venezolana,* Ramirez & Garay, S.A.
Rep. For.	Repertorio Forense
sent.	sentencia
Sup.	Superior
Tap.	*Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia* del Dr. Oscar R. Pierre Tapia
Trab	Trabajo
Trib.	Tribunal
T.S.J.	Tribunal Supremo de Justicia
vol.	volumen

Primera parte
COSAS Y BIENES

CAPÍTULO I

OBJETO DE DERECHO: INTRODUCCIÓN. OBJETO Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS. CONCEPCIONES DOCTRINALES SOBRE EL OBJETO DEL DERECHO. ENTIDADES QUE PUEDEN SER OBJETO DE DERECHO. COSAS. COSAS Y BIENES

OBJETO DE DERECHO

I. INTRODUCCIÓN

El derecho subjetivo supone la existencia de un *objeto, o sea, de una entidad sometida al señorío o poder del titular del derecho y que le sirva de medio para alcanzar sus fines.* En vano se ha pretendido encontrar casos de derecho sin objeto, pues la existencia del objeto, así como la del sujeto, es una exigencia lógica del concepto de derecho subjetivo.

En términos más generales, el objeto del derecho es uno de los términos de referencia de la *relación jurídica*, o sea, del deber jurídico y del derecho subjetivo. Así pues, por objeto debe entenderse, en general, todo lo que en una relación jurídica no es sujeto.

II. OBJETO Y CONTENIDO DE LOS DERECHOS

Aunque muchos autores se abstienen de hacerlo, conviene distinguir entre el contenido de los derechos y su objeto.

El *Contenido del derecho* es el conjunto de las facultades y también de los deberes que aquél implica. Tales facultades y deberes son distintos según se trate de derechos reales o de crédito y dentro de cada uno de esos grupos también difieren las facultades y deberes que corresponden a cada clase de derecho subjetivo. A diferencia del contenido, *objeto de derecho* es aquello sobre lo que se exterioriza el poder del sujeto titular de un derecho —dicho de otra manera— aquello sobre lo que se exterioriza el contenido del derecho subjetivo. En consecuencia, mientras derechos subjetivos de diversa clase pueden tener un mismo objeto, tienen necesariamente diverso contenido. Así, por ejemplo, mientras la propiedad y el derecho de hipoteca pueden tener por *objeto* un mismo fundo, la propiedad y el derecho de hipoteca tienen diverso *contenido* porque atribuyen a sus titulares diferentes facultades y deberes.

III. CONCEPCIONES DOCTRINALES SOBRE EL OBJETO DE DERECHO

En la doctrina existen tres concepciones típicas sobre la noción "objeto del derecho".

1° La primera considera que es objeto *todo lo que se representa como estando fuera del sujeto*, sean cosas materiales, acciones humanas o fenómenos inmateriales.

2° La llamada "concepción clásica", que se considera derivada del Derecho Romano, identifica el objeto de derecho con las cosas *materiales*. Y,

3° Por último, la tercera concepción, denominada a veces como "concepción moderna", sostiene que el único objeto de derecho es la *conducta humana* (sea de acción u omisión). Esta concepción suele llevar a algunos de sus partidarios a distinguir entre el objeto inmediato de los derechos que sería la conducta humana y su objeto mediato o práctico o substrato del derecho que sería la cosa a que esa conducta se refiere. En todo caso, esta concepción frecuentemente (aunque no siempre), lleva a

borrar la distinción entre los derechos reales y los derechos de crédito, distinción que es fundamental en el Derecho Privado.

IV. ENTIDADES QUE PUEDEN SER OBJETO DE DERECHO

1° *Prima facie* parece que sólo pueden ser objeto de derecho: la propia persona, las demás personas y las cosas del mundo exterior. Pero un análisis más detenido obliga a revisar lo expuesto.

Por una parte, aunque muchos juristas no admiten que la propia persona pueda ser objeto de derecho, ya que ello equivaldría a afirmar que el sujeto es al mismo tiempo objeto y sujeto del derecho; pero ello no excluye que determinadas manifestaciones o atributos de la personalidad (por ej.: el honor) puedan ser objeto de los llamados derechos de la personalidad ni tampoco que puedan ser objeto de derecho las partes separadas del cuerpo humano (por ej.: la cabellera).

Por otra parte, modernamente, la *persona ajena*, como tal, tampoco puede ser objeto de derecho, puesto que al reconocérsele a toda persona *valor de fin* no puede quedar sometida al poder jurídico de otra como simple medio para que ésta alcance sus fines. Ello no obstante, pueden constituir objeto de derecho tanto los *actos humanos singulares o prestaciones* como también *determinadas manifestaciones, sectores o direcciones de las actividades humanas*. Lo primero se da en los derechos de crédito y lo segundo en varios derechos.

2° Así muchos autores concluyen en que sólo son objeto de derecho:

A) Los *"actos" y "manifestaciones" humanas*, dentro de los cuales pueden distinguirse, como queda dicho: a) ciertas "manifestaciones" de la propia persona —objeto de los derechos de la personalidad—; b) los "actos" aislados de otras personas —objeto inmediato de los derechos de crédito—, y c) ciertos "aspectos" de la vida de otras personas —objeto de ciertos derechos familiares y públicos—. Y, por otra parte,

B) Las "cosas" *propiamente dichas*, objeto *inmediato* de los derechos reales, y objeto *mediato* de muchos derechos de crédito.

Si dentro del concepto de cosas se incluyen las creaciones del espíritu, la enumeración no requiere complemento; caso contrario, habrían de añadirse esas creaciones.

Siendo pues las cosas el objeto de los derechos reales, convendrá examinar el concepto de cosas y hacer referencia al concepto de bienes, estrechamente relacionado con aquél.

COSAS

I. IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE COSA

Nuestro Derecho Positivo no define lo que entiende por cosa. Ni siquiera, el Código Civil usa siempre la palabra en un mismo sentido. Así, por ejemplo, cuando el Código Civil después de clasificar las "cosas" que pueden ser objeto de propiedad pública o privada en bienes muebles o inmuebles (C.C., Art. 525), enumera estos bienes muebles o inmuebles, utiliza la palabra "cosa" en un sentido que no sólo comprende a todo (o casi todo), lo que puede ser objeto de derechos sino también a los derechos mismos, ya que éstos aparecen enumerados entre los bienes muebles e inmuebles (v. C.C., Arts., 530 y 533). En cambio, en otras disposiciones (por ej.: en materia de arrendamiento), la palabra "cosas" ni siquiera comprende todo lo que puede ser objeto de derecho puesto que no comprende los "servicios" (v. C.C. Libro III, Título VII y IX), o sea, las actividades humanas. Por ello, el concepto de cosa tiene un valor muy escaso para interpretar nuestro Código Civil, aunque resulta útil para unificar en torno a un concepto buena parte de las Teorías Generales del Derecho Privado.

II. CONCEPTO DE "COSA"

Prescindiremos aquí de los sentidos de la palabra "cosa" en el lenguaje vulgar y en el filosófico toda vez que comprenden realidades que no pueden ser objeto de derecho.

En sentido jurídico, existen varias acepciones de "cosa".

1°) Quienes parten de la idea de que cosas son en general los objetos de la ciencia, afirman que cosa en Derecho es la materia que estudia la Ciencia Jurídica. Pero esta acepción de cosa para nada nos interesa aquí porque no guarda relación con el concepto de objeto de derecho.

2°) En el sentido que nos interesa, existen divergencias doctrinales y legislativas que hacen difícil definir el concepto de cosa.

A) En sentido amplio, cosa es *cualquier ente*, material o inmaterial, actual o futuro, *que pueda formar parte de relaciones jurídicas en calidad de objeto de éstas*. Así, cosa sería la referencia objetiva del derecho subjetivo y coincidiría con la noción de objeto de derecho. En este sentido no sólo las realidades del mundo exterior sino incluso los actos o manifestaciones humanas serían cosas. Pero, frente a esta concepción amplia existe también la concepción *restringida* que limita la noción de *cosas a los objetos materiales del mundo exterior sobre los cuales pueden recaer derechos reales.* Esta última concepción domina en Alemania donde el B.G.B., expresamente señala que "en el sentido de la ley sólo son cosas los objetos corporales".

B) *Ambas concepciones son objetables*: La primera es demasiado amplia porque incluye tantas realidades que el concepto de cosa no resulta de ninguna utilidad cuando ya se dispone del concepto de objeto de derecho y la segunda es tan estrecha que excluye aquellas realidades inmateriales que por poder proporcionar una utilidad económica al hombre y ser objeto de derecho pueden ser tratadas dentro de una teoría común junto con las cosas corporales susceptibles de ser objeto de derechos reales.

C) Lo expuesto justifica la existencia de posiciones intermedias. Dentro de éstas puede definirse cosa como una *realidad impersonal o porción del mundo* exterior, material o inmaterial, actual o futura, *con existencia separada y autónoma, que conforme al criterio dominante en una determinada sociedad, se considera útil para satisfacer necesidades humanas y que es susceptible de ser objeto de derecho.*

III. CONDICIONES O REQUISITOS DE LA COSA EN SENTIDO JURÍDICO

Para que un ente pueda ser considerado jurídicamente como cosa en el sentido indicado se requiere, que llene las siguientes condiciones:

1° Debe ser una *realidad impersonal*, o sea, que no se la conciba como persona o sujeto en sí sino como algo opuesto a "sujeto" y que pertenece al mundo exterior (exterior a las personas mismas). Es esto lo que quieren expresar quienes exigen a la cosa el requisito de "ser extraña al sujeto". Poco importa por lo demás, que esa realidad sea material (como lo es una máquina), o inmaterial (como lo es una creación artística); ni que tenga existencia actual o futura (así por ej.: se puede vender tanto un animal ya existente como la cría que éste llegue a tener).

2° Debe tratarse de *una realidad separada o autónoma*, que tenga, al menos idealmente, una sustantividad e individualización propia.

Por eso, en principio, no se considera que es una cosa lo que sólo es parte constitutiva de un todo que la absorbe como elemento material de su composición, como sería el caso de un ladrillo que forme parte de una pared (mientras no sea separado de ella). Pero, nada impide considerar cosas a las realidades separadas de las *demás sólo desde un punto de vista ideal*, o sea, a porciones del mundo exterior que se *conciben separadamente* de otras porciones a pesar de que están unidas a ellas físicamente como es el caso de un terreno contiguo a otro sin que ni siquiera existan señales exteriores de sus linderos.

3° Es necesario que, *conforme al criterio dominante en la sociedad de que se trate, se considere que pueden ser utilizadas para satisfacer necesidades humanas.* Esto es lo que quiere decirse cuando se afirma que uno de los requisitos es la "utilidad". Pero a este respecto interesa precisar que:

A) No se requiere que la cosa sea objetivamente útil, basta con que *socialmente* se la considere *capaz de satisfacer necesidades humanas.* Así se explica que las realidades que tienen carácter de cosa en el Derecho *pueden variar* si cambia el parecer social acerca de si son útiles o no lo

son (por ej.: la luna, o mejor, las cosas que la componen, no podían ser consideradas cosas en el Derecho antes de que los adelantos científicos permitieran esperar que fueran utilizables por el hombre).

B) *No se requiere que su utilidad sea económica* (aunque haya autores que sostengan lo contrario), sino que también puede ser material o moral. Sin embargo, por regla general, las cosas (en sentido jurídico) tienen un valor apreciable en dinero tanto de uso como de cambio, aunque no faltan las que sólo tienen valor de uso o un valor moral.

C) *No se requiere la utilidad actual;* basta la futura.

4° Debe tratarse de una porción del mundo exterior *que sea susceptible de formar parte de una relación jurídica como objeto de ella o*, como dicen algunos autores, "que sea jurídicamente relevante". Al respecto interesa precisar que:

A) *No es necesario* que pueda ser objeto del derecho de propiedad ni mucho menos que pertenezca actualmente a alguien; basta con que pueda ser objeto (inmediato) de cualquier relación jurídica.

B) No es necesario que actualmente constituya el objeto de una relación jurídica; *basta que pueda serlo en lo futuro;* y

C) En cambio, es necesario que pueda ser *sometida al señorío o poder de una persona,* ya que, caso contrario, no podría ser objeto de ningún derecho subjetivo.

5° A veces se señala como requisito adicional, la "apropiabilidad" del ente. Si con ello se quiere exigir que el ente pueda ser objeto del derecho de propiedad (*stricto sensu*), no compartimos dicho criterio ya que consideramos suficiente que pueda ser objeto de *cualquier relación jurídica.*

En cambio, si con ello se quiere exigir que el ente sea susceptible de ser sometido al señorío o poder de un sujeto, el requisito queda

comprendido dentro del requisito de poder ser objeto de una relación jurídica porque los derechos y deberes jurídicos no pueden referirse sino a entidades susceptibles de ser sometidas al poder de hecho de una persona.

COSAS Y BIENES

Interesa que, a propósito de la noción de "cosa", se haga referencia al concepto jurídico de "bien".

1° Para los romanos, los bienes (*bona*) eran una categoría de las cosas (*res*): bienes eran aquellas cosas que proporcionan ventajas y bienestar al hombre.

2° En la doctrina moderna, existe variedad de posiciones:

A) *Algunos autores consideran que "cosa" es el género y "bien" la especie*. Dentro de esta posición se distinguen: a) quienes consideran que son cosas las entidades susceptibles de apropiación y bienes las cosas que de hecho forman parte del patrimonio de una persona, y b) quienes consideran que las cosas son entes extrajurídicos y que bienes son las cosas cuando reciben una particular calificación jurídica en virtud de la cual son idonias para cumplir una determinada función económica y social.

B) *Otros autores sostienen la posición inversa* al afirmar que los bienes *son las utilidades* dadas por porciones del mundo exterior o energías humanas o naturales y que gozan de la tutela jurídica, *mientras que reducen las cosas a las "realidades"* (v. *supra*, Concepto de cosas, 3°, B, b).

C) *Un tercer grupo de autores* quiere contraponer cosas y bienes sin que ninguno de los conceptos comprenda al otro. Para diferenciarlos así se han sugerido los criterios siguientes:

a) Las cosas son entidades corporales y los bienes entidades incorporales;

b) Las cosas son las entidades actuales y los bienes las entidades potenciales, y

c) Las cosas son entidades patrimoniales y los bienes las entidades extrapatrimoniales.

D) *Un cuarto grupo de autores* considera que los términos "cosas" y "bienes" aluden al mismo ente desde puntos de vista diversos: cosa aludiría a constituir una entidad *objetiva,* separada e independiente del sujeto, que es jurídicamente relevante, mientras que "bien" aludiría a la idea del *interés, ventaja* o *utilidad para un sujeto.* De este modo, "cosa" tendría una referencia objetiva y "bien" una referencia subjetiva; pero las mismas entidades que en Derecho son cosas serían igualmente bienes, ya que las entidades objetivas, separadas e independientes del sujeto, jurídicamente relevantes (cosas), necesariamente representan un interés para un sujeto ya que una entidad no llega a tener relevancia jurídica si no presenta ese interés, y, a la inversa; los bienes son necesariamente cosas ya que lo que puede representar ese interés es una entidad objetiva que produce el interés a la cual ésta se refiere.

E) *Otro grupo de autores*, entre los cuales se cuentan algunos de los que sostienen la posición anteriormente descrita, *opina que podría eliminarse del lenguaje jurídico uno de los dos términos o sencillamente considerarlos sinónimos.*

CAPÍTULO II

CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS COSAS: INICIO

INTRODUCCIÓN. COSAS CORPORALES E INCORPORALES.

INTRODUCCIÓN A LA CLASIFICACIÓN JURÍDICA GENERAL DE LAS COSAS

I. PLANTEAMIENTO INICIAL

Las cosas *pueden clasificarse de acuerdo con cualquiera de sus cualidades* (tamaño, color, rugosidad, etc.); *pero en Derecho sólo se justifican las clasificaciones basadas en cualidades jurídicamente relevantes.*

Ahora bien, la clasificación de las cosas desde *todos* los puntos de vista jurídicamente relevantes, sería interminable, de modo que hemos de limitarnos a aquellas clasificaciones fundadas en cualidades que tienen *una relevancia jurídica general*, o sea, que determinen en una medida significativa el régimen jurídico aplicable a las cosas. Así, por ejemplo, sin desconocer la relevancia que desde el punto de vista de la legislación sanitaria puede tener la clasificación de los alimentos de acuerdo con su estado de conservación, no se justificaría incluir esa clasificación dentro de una clasificación jurídica *general* de las cosas.

II. FUNDAMENTO

Las distinciones que comprende la clasificación jurídica de las cosas tienen diverso fundamento:

1° Algunas clasificaciones proceden aún en silencio de la Ley porque se basan en la *naturaleza misma de las cosas o de las relaciones jurídicas*. Así ocurre, por ejemplo, con la clasificación de las cosas en consumibles y no consumibles (que deriva de la naturaleza de éstas), y en fungibles y no fungibles (que deriva de la naturaleza de ciertas relaciones jurídicas que sólo son aplicables a unas u otras, o que necesariamente varían según se trate de unas u otras).

2° En cambio, otras distinciones, aún cuando pueden tener su base más o menos remota en la naturaleza de las cosas o de ciertas relaciones jurídicas, obedecen fundamentalmente *a creaciones legislativas*. Así, por ejemplo, aun cuando la distinción entre inmuebles y muebles se base inicialmente en la posibilidad o imposibilidad de desplazamiento de la cosa, dicha distinción tal como la consagra nuestro Código Civil, es sustancialmente una creación jurídico-positiva, mucho más compleja.

III. IMPORTANCIA Y ORIGEN

Por otra parte, inevitablemente, la relevancia jurídica de las distinciones comprendidas en la clasificación jurídica general de las cosas varía en mayor o menor grado. Así, por ejemplo, mayores son las diferencias entre el régimen jurídico aplicable a las cosas según sean muebles o inmuebles, que según sean divisibles o indivisibles.

Por otra parte, mientras algunas distinciones entre las cosas vienen del Derecho Romano (como, por ejemplo, la división en muebles e inmuebles); otras son modernas (como, por ejemplo, la división —discutible— en cosas sólidas y fluidas), y otras, aunque tienen origen antiguo, actualmente se plantean en forma muy distinta a la original (así por ejemplo, la división en cosas corporales e incorporales).

IV. CUADRO GENERAL DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS COSAS

Las clasificaciones generales de las cosas pueden fundamentarse en tres criterios básicos: las cualidades de las cosas en sí mismas; las relaciones de conexión que guardan unas cosas con otras, y las relaciones de pertenencia, apropiación y transferencia.

1° De acuerdo con las *cualidades de las cosas consideradas en sí mismas* pueden establecerse las siguientes clasificaciones:

A) Por su *naturaleza esencial*: cosas corporales e incorporales;

B) Por su *susceptibilidad de sustitución*: cosas fungibles y no fungibles;

C) Por la *posibilidad de uso repetido*: cosas consumibles y no consumibles;

D) Por la *posibilidad de su fraccionamiento*: cosas divisibles e indivisibles;

E) Por su *existencia en el tiempo*: cosas presentes y futuras.

A estas cinco clasificaciones suelen añadirse tres más: la de cosas específicas y genéricas, la de bienes muebles e inmuebles y la de cosas registrables y no registrables. La primera, como se verá, no es una clasificación relativa a las cosas consideradas en sí mismas, y las otras dos, son clasificaciones que no sólo se refieren a las cosas sino que comprenden también a los derechos.

2° Por sus *relaciones de conexión*, las cosas pueden dividirse:

A) Por su *constitución y contenido*, en singulares y universales;

B) Por *la jerarquía en que entran en la relación jurídica*, en principales y accesorias.

3° Por sus *relaciones de pertenencia, apropiación y transferencia*, cabe distinguir entre las cosas de tráfico prohibido, de tráfico restringido y de libre tráfico.

La clasificación de las cosas en apropiables y no apropiables excede el campo de las cosas porque las llamadas cosas inapropiables no son cosas en sentido jurídico. Así mismo, la clasificación de los bienes en bienes del dominio público y del dominio privado excede el campo de las cosas puesto que también se aplica a los derechos.

COSAS CORPORALES E INCORPORALES

I. INTRODUCCIÓN

La distinción entre cosas corporales e incorporales —casi sin sentido en el Derecho Alemán ya que el B.G.B. sólo considera cosas en el sentido de la Ley a las cosas corporales— tiene su origen en el Derecho Romano, según el cual eran *res corporales* aquéllas *quae tangi possunt* (que pueden ser tocadas), y *res incorporales* aquéllas *quae tangi non possunt* (que no pueden ser tocadas) con la particularidad de que en esta categoría sólo se colocaban los derechos subjetivos, o sea, las que *in iure consistunt*.

II. CONCEPTOS

Modernamente se entiende por cosas corporales las que pueden ser percibidas por cualquiera de los sentidos (aunque no sea precisamente el tacto), y cosas incorporales, las que sólo pueden ser conocidas por el intelecto.

A este propósito cabe observar que:

1° El hecho de que una cosa no esté materialmente separada del resto de las demás, sino que su separación sólo sea nominal, o apreciable mediante instrumentos no significa que esa cosa no sea corporal si es sensorialmente perceptible. Ello es evidente: nadie negaría que es una cosa corporal una finca separada de las vecinas sólo en forma nominal y desde luego físicamente unida a ellas.

2° De igual manera, las cosas compuestas y los agregados de las cosas que tienen existencia material son consideradas cosas corporales porque en sí mismas son perceptibles por los sentidos aún cuando sólo intelectualmente pueda apreciarse su carácter de cosas compuestas o de agregados de cosas. Así por ejemplo, una colección de las Gacetas Oficiales de un año determinado es una cosa corporal, porque las Gacetas en sí mismas son perceptibles por los sentidos, aunque sólo el intelecto pueda apreciar que el conjunto forma una colección anual.

III. PROBLEMÁTICA RELATIVA A LAS FUERZAS O ENERGÍAS DE LA NATURALEZA Y A LOS DERECHOS SUBJETIVOS

En torno a la distinción de que tratamos debe discutirse si las fuerzas o energías de la naturaleza son cosas corporales, y si los derechos subjetivos son cosas incorporales.

1° Las fuerzas o energías naturales

Buena parte de la doctrina alemana afirma que las fuerzas o energías naturales carecen de la objetividad corporal que caracteriza a las cosas tal como éstas son definidas por el B.G.B. Pero dentro de nuestro Derecho procede adherir a la doctrina de Ferrara: las fuerzas o energías "difusas", o sea, consideradas en su totalidad, no son ni siquiera cosas en Derecho, porque en esa forma no pueden ser objeto de señorío o poder por parte de nadie, mientras que sí lo son cuando se las considera por partes susceptibles de tal señorío o poder. Es más aún, en muchos países la Jurisprudencia ha reconocido que las fuerzas o energías así consideradas son susceptibles de venta y de hurto.

Las fuerzas o energías naturales, según Carnelutti, forman parte de las cosas fluidas, "las cuales se distinguen de las cosas sólidas en que no alcanzan la categoría de cosas sino con la mediación de un cuerpo sólido que les sirva de continente o de conductor". Entre esas cosas fluidas se suelen mencionar: 1) la electricidad; 2) la energía térmica producida por medios distintos de la electricidad como, por ejemplo, la combustión de leña, carbón o petróleo; 3) la energía fonética bajo la forma de radioemisiones o aprisionada en grabaciones; y 4) la energía óptica generada por proyectores a los que se aplican películas cinematográficas o cosas análogas.

2° Los derechos subjetivos

A) Como hemos dicho, los romanos consideraban que las cosas incorporales eran los derechos subjetivos con la sola excepción del derecho de propiedad. Este criterio plantea a su vez dos interrogantes: ¿Por qué se excluyó de las cosas incorporales a la propiedad, a pesar de ser también un derecho subjetivo? y ¿por qué se consideraron cosas los demás derechos subjetivos?

a) Para responder a la primera pregunta, debe recordarse que los romanos no conocieron sino la propiedad de las cosas corporales y que, además, confundieron siempre el derecho de propiedad con el objeto del mismo, como todavía ocurre en el lenguaje cotidiano (por ejemplo, se suele decir "heredé una casa" en vez de decir "heredé la propiedad de una casa"). En consecuencia, al identificar la propiedad y la cosa corporal objeto de ella, necesariamente tenían que atribuir consistencia material a la propiedad y, por ende, colocarla entre las cosas corporales (aunque la verdad es que lo que tenía consistencia material era el objeto sobre el cual recaía la propiedad y no el derecho de propiedad en sí mismo).

b) La respuesta a la segunda cuestión planteada es que los romanos, después de haber considerado cosas corporales a la propiedad, no encontraron razón para negar la condición de cosa a los derechos distintos de la propiedad que también forman parte del patrimonio, como ocurre con los derechos reales sobre cosa ajena y los derechos de crédito; pero creyeron necesario colocarlos en la categoría de "cosas incorporales" porque, como no confundían esos derechos con su objeto, veían que evidentemente no tenían consistencia material.

B) Pero si lo expuesto explica la concepción de los romanos, lo cierto es que la misma resulta insostenible. Por una parte, es evidente que el derecho de propiedad, aun cuando recaiga sobre un objeto material, es tan incorporal como los demás derechos subjetivos. En efecto, el derecho de propiedad en sí mismo (sin confundirlo con su objeto), no es perceptible nunca por los sentidos. Por otra parte, no se justifica incluir dentro de la clasificación de las cosas realidades tan heterogéneas como son los entes materiales que pueden ser objeto de derechos y los derechos sobre los mismos. La clasificación romana, en realidad, *no era pues una clasificación de las cosas, sino una clasificación de los elementos activos del patrimonio*, en elementos que se consideraron corporales (la propiedad de las cosas materiales) por una confusión entre el derecho y su objeto, y en elementos que se consideraron incorporales por cuanto no era posible confundirlos con su objeto (los demás derechos reales y los derechos de crédito).

Especialmente en relación con algunos sistemas jurídicos modernos, el argumento más fuerte para sostener que los derechos deben

considerarse cosas incorporales, es que los derechos a su vez pueden ser objeto de otros derechos, o sea, que existen "derechos sobre derechos". Ahora bien, en relación con ordenamientos jurídicos como el nuestro, la opinión dominante es que no existen derechos sobre derechos. Los casos que, como la hipoteca de un crédito hipotecario (ver C.C., art. 1.882, ap. único), se presentan como ejemplos de la existencia de derechos sobre derechos, según esa opinión dominante, no son casos de un derecho que tenga por objeto otro derecho sino casos en que sobre una cosa existen dos o más derechos que corresponden a distintas personas y que se limitan recíprocamente, de modo que, como dice Camelutti "en realidad los derechos no están uno sobre el otro sino uno al lado del otro".

Por lo demás, aunque se admitiera que en nuestro Derecho existen casos de "derechos sobre derechos", no podría afirmarse que, en consecuencia, todos los derechos deben ser considerados cosas incorporales, sino sólo que son cosas incorporales aquellos derechos que pueden ser objeto de otros derechos.

Dentro de su característica imprecisión terminológica en la materia, a veces, como se ha dicho, nuestro Código Civil denomina "cosas" a los derechos. En efecto, el citado Código divide las "cosas" que pueden ser objeto de propiedad pública o privada, en bienes muebles e inmuebles (C.C., art. 525) y luego al enumerar a los bienes muebles e inmuebles incluye a los derechos (C.C., arts. 530 y 533). Pero de esta observación no debe concluirse que nuestro Código Civil admita la tesis romana de que los derechos distintos de la propiedad son cosas incorporales. En efecto, en materia de venta, el Código regula separadamente la manera de hacer tradición de las cosas incorporales y el modo de efectuar la tradición de los "créditos, derechos o acciones" (C.C., art. 1.490 y ap. único del art. 1.549).

IV. ENUMERACIÓN DE LAS PRINCIPALES COSAS INCORPORALES

Si bien los derechos no deben ser considerados cosas incorporales, en cambio, suelen enumerarse entre ellos:

1° *Las manifestaciones o atributos objetivados de la persona que constituyen el objeto de los derechos de la personalidad* tales como la vida, la identidad o el honor.

En este caso se trata en realidad de manifestaciones o atributos de la persona que se separan idealmente de ella con el fin de convertirlos en objeto de derecho de modo que el sujeto se asegure el goce exclusivo de los mismos y la abstención por parte de los demás de toda perturbación injustificada en dicho goce. Ahora bien, según parte de la doctrina, al objetivarse en esta forma dichos atributos o manifestaciones, alcanzan la categoría de cosas incorporales. El estudio de los derechos que recaen sobre ellos se ha hecho en el curso de Derecho Civil I. En todo caso, existen buenas razones para dudar de que verdaderamente puedan ser considerados como "cosas" en sentido estricto.

2° *Las obras de ingenio que constituyen el objeto de los derechos de autor, o de derechos afines a éstos.*

A) Son objeto de los Derechos de autor las obras de ingenio de carácter creador, ya sean de índole literaria, científica o artística, cualquiera que sea su género o forma de expresión, mérito o destino (Ley sobre el Derecho de Autor, Gaceta Oficial N° 4.638 —extraordinario— del 1°-X-93, art. 1°), con la advertencia de que se consideran obras de ingenio distintas de la obra original, tanto las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras como aquellas antologías o compilaciones de obras diversas y las bases de datos que por la selección o disposición de las materias constituyen creaciones personales (Ley citada, art. 3°). En cambio, los textos de las leyes, decretos, reglamentos oficiales, tratados públicos, decisiones judiciales y demás actos oficiales no son objeto de derecho de autor (Ley citada, art. 4°).

B) Son objeto de los derechos afines al derecho de autor:

a) Las *ediciones* de obras ajenas o textos cuando representan una labor de investigación científica (Ley citada, art. 36);

b) la *divulgación* de obras de ingenio que no se hayan hecho accesibles al público dentro del lapso de duración del derecho de autor (Ley citada, art. 37), y

c) las *fotografías y reproducciones o impresiones obtenidas por un procedimiento similar a la fotografía*, aun, cuando estén impresas

en cintas cinematográficas siempre que no constituyan propiamente una obra cinematográfica (Ley citada, art. 38), ya que en ese último caso se trataría de una obra de ingenio, objeto del derecho de autor.

C) Debe destacarse que las obras de ingenio en sí mismas y las obras que se le equiparan son las que constituyen los objetos de los derechos de autor y de los derechos afines al de autor, y las que son cosas incorporales. Por lo contrario, los objetos materiales en los cuales están incorporadas las obras (por ejemplo el libro que contiene una obra literaria, son cosas corporales susceptibles de ser objeto de un derecho de propiedad, independiente del derecho de autor o de cualquier derecho afín a éste (Ley citada, art. 5° y último aparte).

Consideraciones especiales merecerían los objetos de los derechos conexos con el derecho de autor previstos en el Título IV de la ley de la materia.

D) Es de advertir también que los "derechos de autor" o "derechos afines al derecho de autor", eran llamados antes por la Ley especial y por el Código Civil "derechos de propiedad intelectual", aun cuando buena parte de la doctrina objetaba dicha denominación porque los derechos de autor y los derechos afines a éste se diferencian del derecho de propiedad especialmente en que:

a) Dado que la colectividad tiene en el goce o uso de las obras de ingenio un interés superior al que suele existir en relación con la mayoría de las cosas sujetas a apropiación individual, los derechos que la Ley concede sobre dichas obras no tienen el mismo vigor que el derecho de propiedad, como lo demuestra especialmente la circunstancia de que esos derechos son esencialmente *temporales*, mientras que la propiedad es intrínsecamente *perpetua* en el sentido de que no lleva en sí limitación temporal (aunque puede extinguirse por razones extrínsecas al derecho, como se verá más adelante); y,

b) El derecho de autor y los derechos que le son afines no sólo implican derechos de orden patrimonial, sino también derechos de orden

moral (Ley citada. art. 5°, encab.), que parte de la doctrina califica como derechos de la personalidad.

3° Las invenciones, mejoras, modelos o dibujos industriales; la introducción de inventos y mejoras y las marcas comerciales, que constituyen el objeto de la llamada propiedad industrial.

A) La *invención, mejora, modelo o dibujo industrial y la introducción de inventos o mejoras* se protegen fundamentalmente mediante patentes y certificados de registro que confieren a sus titulares los derechos que determina la ley de la materia.

B) La *marca comercial*, en sentido amplio, comprende:

a) "la marca comercial propiamente dicha" que sirve para distinguir los artículos que produce una persona;
b) la "denominación comercial" que tiene por objeto distinguir una empresa, negocio, explotación o establecimiento mercantil, industrial, agrícola o minero; y
c) el "lema comercial" que es una palabra, frase o leyenda utilizada por un industrial, comerciante o agricultor como complemento de una marca o denominación comercial.

C) Los derechos sobre los objetos señalados son de naturaleza controvertida; pero, en cualquier caso, dichos objetos constituyen cosas incorporales. Al igual de lo que ocurre con las obras de ingenio y las obras que se le equiparan, es necesario aclarar aquí que no deben confundirse los derechos sobre los objetos señalados con los derechos sobre las cosas corporales (por ejemplo, una máquina) en los cuales están incorporados aquéllos (por ejemplo, una invención).

CAPÍTULO III

CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS COSAS (CONTINUACIÓN)

COSAS FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES; COSAS ESPECÍFICAS Y GENÉRICAS; COSAS CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES; COSAS PRESENTES Y FUTURAS; COSAS SINGULARES Y UNIVERSALES; COSAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS; COSAS SUSCEPTIBLES DE TRÁFICO, COSAS NO SUSCEPTIBLES DE TRÁFICO Y COSAS DE TRÁFICO PROHIBIDO; COSAS APROPIABLES Y NO APROPIABLES

COSAS FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES

I. INTRODUCCIÓN

"Fungibilidad", es la aptitud que tienen algunas cosas para ser sustituidas por otras, lo que a su vez depende (ya veremos si exclusivamente o no) de la consideración social que comúnmente se hace de ellas o, como también se suele decir "de los usos del tráfico".

En realidad todas las cosas (en sentido jurídico) presentan características que las individualizan y distinguen de las demás de su misma especie. No son idénticos ni dos billetes del mismo tipo y valor, ni dos cantidades de granos de la misma especie y calidad. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, muchas cosas que no son físicamente idénticas, como los billetes de una misma denominación, son valoradas socialmente como idénticas en el sentido de que, al menos a efectos jurídicos, no existe interés en distinguir unos de otros. En cambio, otras cosas físicamente muy parecidas como, por ejemplo, dos caballos de carrera, pueden ser estimadas socialmente como profundamente diversas en el sentido de

que, por lo menos a efectos jurídicos, existe positivo interés en distinguir una de otra.

II. CONCEPTOS

1° De acuerdo con la doctrina más frecuente:

A) Cosas fungibles son aquéllas *cuyas características individuales,* aun cuando objetivamente existen, *no son tomadas en cuenta desde el punto de vista jurídico,* de modo que dichas cosas *son sustituibles* o *subrogables* las unas por las otras.

B) Cosas no fungibles son, en cambio, las cosas cuyas características individuales son jurídicamente relevantes de modo que no pueden ser sustituidas ni subrogadas por otras.

2° En consecuencia, se comprende que las cosas fungibles sean, como decían los romanos, las cosas *quae pondere, numero, mensurave consistunt* porque lo interesante respecto de ellas son su peso, número o medida (tantos kilos de café de tal calidad, tantos billetes de mil bolívares, tantos metros de alambre de tal tipo). De allí que Savigny propusiera para las cosas fungibles la denominación *cosas de cantidad,* acogida luego por el B.G.B., mientras que a las cosas no fungibles se las llama también *cosas únicas.*

3° Sin embargo, Biondi ha insistido en que la idea de fungibilidad no se agota en el término *de cantidad ni en las ideas de sustituibilidad* o *subrogabilidad,* sino que la noción jurídica profunda de cosas fungibles es la *identidad económico-social* entre las cosas consideradas. En otras palabras, de acuerdo con Biondi, si respecto de las cosas fungibles sólo interesa su cantidad y se admite que sean sustituidas entre sí es porque desde el punto de vista económico-social tales cosas son idénticas entre sí.

4° Debe destacarse que *cosas fungibles* no es sinónimo de *cosas equivalentes.* Este último concepto sólo se refiere al valor de las cosas y no a su naturaleza: un bote y un toro pueden valer lo mismo (ser equivalentes), pero distan mucho de ser fungibles. Las cosas fungibles, son

ciertamente equivalentes; pero las cosas equivalentes no son necesariamente fungibles.

III. FUNGIBILIDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Se discute acerca de si debe tomarse en cuenta la voluntad de los particulares para calificar una cosa como fungible o no fungible. Quienes como Ruggiero, sostienen la afirmativa se basan en que los particulares pueden acordar que en una determinada relación jurídica no sea sustituible por otra una cosa que sí lo sería de acuerdo con el criterio social dominante (por ej.: las partes pueden pactar en el caso de préstamo de una moneda que se devuelva la misma e idéntica moneda dada en préstamo), y, a la inversa (por ej.: en la venta de una parcela de terreno de una urbanización y cabida determinada puede convenirse en que la vendedora determine ulteriormente cuál parcela será la vendida entre las varias que llenan las condiciones estipuladas).

Quienes como Enneccerus o Biondi, piensan que en la materia no influye la voluntad de los particulares, señalan que éstos no pueden considerar no fungibles las cosas estimadas socialmente como fungibles sino cuando prescinden de su función social normal (por ej.: cuando no consideran la moneda como cosa destinada a ser gastada y a circular, sino como pieza de colección) y que además, a pesar de tratarse de cosas no fungibles, los particulares pueden siempre determinar genéricamente el objeto de sus obligaciones (por ej.: en el caso propuesto de la venta de parcelas), caso en el cual no existe propiamente una sustituibilidad en razón de la cosa sino varias cosas con las cuales puede satisfacerse la obligación en virtud de la parcial indeterminación del objeto de ésta. En prueba de esta última afirmación observan que tales cosas no son susceptibles de constituir objeto de las relaciones propias de las cosas fungibles.

IV. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

La distinción entre cosas fungibles y no fungibles no tiene mayor importancia cuando se estudian los derechos reales, ya que éstos recaen

sobre bienes determinados. Pero sí la tiene en materia de los derechos de crédito ya que cuando el objeto de la obligación es una cosa fungible, el deudor puede pagar con una cosa de la misma especie y calidad, mientras que si dicho objeto es una cosa no fungible, el acreedor puede exigir que se le pague precisamente con esa cosa. Consecuencia de ello es que los contratos que como el mutuo, por una parte, implican la transferencia de propiedad de una cosa con la consiguiente posibilidad de disponer de ella y, al propio tiempo, obligan a restituir lo recibido, sólo pueden versar sobre cosas fungibles (porque aún cuando se haya dispuesto de la cosa recibida puede devolverse otra de la misma especie y calidad). A la inversa, contratos que, como el comodato, obligan a devolver la misma cosa recibida son contratos que sólo pueden versar sobre cosas no fungibles y que no transmiten la propiedad de éstas.

También puede señalarse que la reglamentación jurídica de algunos contratos como el depósito y la prenda varía sustancialmente según se trate de cosas no fungibles o de cosas fungibles. Así, por ejemplo, la cosa fungible dada en depósito o en prenda pasa a ser propiedad del depositario o acreedor prendario, mientras que si la cosa no es fungible sigue siendo propiedad del depositante o constituyente de la prenda, lo que trae a su vez toda una serie de consecuencias diferentes (por ej.: si la cosa es propiedad del depositante o del constituyente de la prenda, el depositario o acreedor prendario no puede usar la cosa; pero si ésta perece por caso fortuito o fuerza mayor no está obligado a devolverla ni a pagar daños y perjuicios, mientras que ocurre a la inversa en el caso contrario).

Asimismo para que dos deudas se compensen es necesario que se traten de deudas de cosas fungibles del mismo género (por ej.: una deuda de dinero y otra deuda de dinero).

COSAS ESPECÍFICAS Y GENÉRICAS

I. Se suele llamar *cosas individualmente determinadas*, *específicas* o *cuerpos ciertos* a las cosas designadas por sus caracteres propios que las distinguen de todas las demás de su especie o género; por ej.: el

caballo "Tapatapa" o la finca "Rosaleda". En cambio se llaman *cosas genéricamente determinadas*, cosas *in genere* o *géneros*, aquellas cosas designadas por los caracteres que son comunes a todas las de su especie o género; por ej.: un automóvil.

II. La clasificación indicada guarda estrecha relación con la clasificación de las cosas fungibles y no fungibles. Incluso no faltan quienes como Fadda y Bensa señalen que no existe diferencia entre cosa fungible y cosa genérica. Pero aun cuando ambas nociones tienen un punto de contacto, *no coinciden*.

La fungibilidad de las cosas deriva de que de acuerdo con criterios económico-sociales esas cosas son estimadas como idénticas; las cosas fungibles son pues las cosas que comúnmente se tienen como idénticas. La circunstancia de que una cosa sea un cuerpo cierto o una cosa genérica, en cambio, no depende de la cosa misma, de su función socio-económica normal ni de la estimación que comúnmente se haga de ellas, *sino de una consideración individual*, la consideración de las partes que han celebrado un negocio jurídico determinado. Podría decirse en cierto sentido de que las cosas genéricamente determinadas son cosas "subjetivamente fungibles", o sea, cosas que por voluntad de las partes son consideradas idénticas, sin que por ello deba concluirse que el régimen jurídico de las cosas fungibles propiamente dichas se extienda totalmente a las cosas genéricas.

El carácter específico o genérico de una cosa *depende del modo como las partes determinan el objeto de una obligación*. En efecto, la obligación puede referirse a una cosa netamente individualizada (el vino contenido en las botellas A y B), o a una cualquiera de las cosas comprendidas en una categoría determinada con mayor o menor precisión (2 botellas de vino tinto; 2 botellas de vino tinto de una marca determinada; 2 botellas de vino tinto de una marca y cosecha determinadas).

Cuando las cosas son fungibles —salvo razones personales— no existe ninguna razón para preferir una a otra (por ej.: no hay ninguna razón para preferir un billete de banco a otro de la misma denominación). En cambio, cuando las cosas están genéricamente determinadas es posible

que haya una diferencia apreciable entre las cosas comprendidas dentro de la categoría señalada (por ej.: entre dos botellas de vino), razón por la cual, la ley se ha cuidado de disponer que "Si la deuda es de una cosa determinada únicamente en su especie el deudor, para libertarse de la obligación, no está obligado a dar una de la mejor calidad, ni puede dar una de la peor" (art. 1.294 C.C.), regla que se interpreta en el sentido de que está obligado a dar una cosa de calidad media.

III. Por otra parte, *no es posible que exista posesión, propiedad u otro derecho real sobre cosas determinadas genéricamente*, ya que tales relaciones implican la existencia de poderes sobre la cosa, que no son concebibles si la misma no está individualizada. Por ello, en los contratos que tienen por objeto transmitir la propiedad u otro derecho real, cuando la cosa está determinada genéricamente, la transmisión no puede operar mientras la cosa no sea individualizada por cualquiera de los medios aptos para hacerlo (por ej.: la entrega de la cosa, la fijación de sellos o marcas, etc.).

Pero, aunque existen diferencias jurídicas apreciables, cuando se determinan las cosas genéricamente y cuando se las determina específicamente, lo cierto es que la distinción de cosas genéricas y específicas, *no es una clasificación de las cosas en sí mismas sino una clasificación del modo de determinarlas en un acto jurídico.*

COSAS CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES

I. CRITERIO DE CLASIFICACIÓN

Es usual afirmar que cosas consumibles son aquéllas que se destruyen por el uso, sea inmediatamente, sea gradualmente, y cosas inconsumibles son aquéllas que no se destruyen por el uso que de ellas se haga. Lo insatisfactorio de esas afirmaciones se revela por la necesidad de complementarlas con aclaratorias como las siguientes:

1° La clasificación se hace en consideración al *uso normal o propio* de la cosa y no a eventuales usos especiales o excepcionales. Así, por

ejemplo, un pastel es una cosa consumible, aun cuando si se lo usa para exhibirlo no queda destruido por ese uso.

2° Es necesario destacar la *relatividad* de la clasificación. En efecto, el uso suele afectar a todas las cosas, sólo que unas (llamadas inconsumibles) no son afectadas apreciablemente sino al cabo de períodos muy largos, como es el caso de los edificios, mientras que otras (las llamadas consumibles) son afectadas apreciablemente, —incluso, a veces destruidas— por el primer uso (normal), como es el caso de los combustibles, o al cabo de períodos relativamente breves, como es el caso de la ropa. Precisamente esta observación conduce a sustituir la clasificación bipartita por una tripartita: cosas *inconsumibles* (*res quae usu non consumuntur*), *deteriorables* (*res quae usu minimuntur*), y *consumibles* (*res quae usu consumuntur*), según que sean afectadas apreciablemente sólo por el uso prolongado, por el uso durante un plazo relativamente breve o por el primer uso.

3° En realidad, la *clasificación no se basa en la consumibilidad en sentido físico*. Todos los autores clasifican el dinero como consumible, a pesar de que la moneda —especialmente la metálica— dista mucho de quedar destruida o alterada en su sustancia por el primer uso. Lo que ocurre con el dinero es que su dueño, al hacer de él su uso normal, ya no puede usarlo nuevamente. Ello revela que lo decisivo son los efectos de la utilización normal de la cosa sobre la posibilidad de que quien tenga derecho sobre ella puede usarla sólo una vez o durante un período relativamente corto o durante un período largo. Lo decisivo, no es pues el estado físico en que queda la cosa al ser utilizada.

Así pues, *en conclusión* podría decirse que:

Cosas inconsumibles son aquéllas cuyo uso normal permite utilizarlas a ese fin durante un período relativamente largo.

Cosas deteriorables son aquéllas cuyo uso normal permite utilizarlas durante un período relativamente corto; y

Cosas consumibles son aquéllas cuyo uso normal no permite utilizarlas repetidas veces porque su primer uso normal, las afecta de

tal manera que no pueden volver a ser empleadas para el mismo fin, al menos, por parte de la misma persona.

II. CONSUMIBILIDAD Y FUNGIBILIDAD

A primera vista pudiera parecer que todas las cosas fungibles fueran consumibles y viceversa; pero las nociones de consumibilidad y fungibilidad no deben confundirse:

1° Para calificar una cosa de fungible o no fungible, es necesario compararla con las demás cosas de su misma especie o clase a fin de examinar si, de acuerdo con la estimación social, debe considerarsela como idéntica a ellas a los efectos jurídicos.

En cambio, para calificar una cosa de consumible o no consumible, no es necesario compararla con las demás de su misma especie o clase, sino examinar los efectos de su utilización normal sobre la posibilidad de que pueda ser nuevamente usada por la misma persona para el mismo fin; y

2° No siempre las cosas fungibles son consumibles. Por ejemplo, salvo hipótesis especiales, los diversos ejemplares de la misma edición de una obra son fungibles y, sin embargo, no son consumibles. Lo propio ocurre también con muchos productos fabricados en serie.

III. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

La importancia de la distinción entre cosas no consumibles, deteriorables y consumibles, se manifiesta especialmente cuando una persona tiene el derecho real o personal de usar una cosa con la obligación de restituir la misma cosa.

1° En principio, es imposible conferir un derecho de usar cosas consumibles, si se impone la obligación de restituir la misma cosa. En efecto, sólo podría cumplirse esa obligación si se confiere el derecho de hacer de la cosa un uso distinto del normal, que no la consuma (por ej.: exhibir un pastel). Por eso, de suyo, salvo la excepción indicada, no es

posible el usufructo, el derecho real de uso ni el arrendamiento de las cosas consumibles, ya que el usufructuario, usuario y arrendatario están, en principio, obligados a restituir la misma cosa. Precisamente por ello, la ley contempla figuras especiales que hacen posible el usufructo, uso o arrendamiento de cosas consumibles, estableciendo en tales casos una excepción a la regla de que debe restituirse la misma cosa. Y,

2° Cuando alguien devuelve una cosa que había recibido con derecho de usarla, es necesario tomar en cuenta si la cosa es consumible, deteriorable o inconsumible, para juzgar si la misma ha sido devuelta en el estado debido.

COSAS DIVISIBLES E INDIVISIBLES

I. CRITERIO DE LA CLASIFICACIÓN

En Derecho, se llaman cosas divisibles a aquéllas que pueden *fraccionarse de modo que las partes resultantes tengan la misma función que el todo*, o sea, que las partes y el todo sólo se diferencien en cantidad. Cosas indivisibles son las demás. Así, por ejemplo, un caballo vivo, es una cosa indivisible puesto que las partes en que puede fraccionarse no pueden ser utilizadas para desempeñar la misma función que el caballo (servir de cabalgadura, arrastrar una carreta, participar en una competencia de saltos ecuestres, etc.). Lo mismo podría decirse de una máquina de escribir o de un libro. En cambio, en principio, una extensión de tierra, es divisible: si una parcela urbana de 10.000 m2 se divide en dos parcelas de 5.000 m2, estas dos parcelas pueden desempeñar la misma función que la parcela original (aunque cada una de ellas en menor medida).

Debe advertirse, sin embargo, que la divisibilidad de las cosas *no permite presentar categorías rígidas y absolutas*. Así, por ejemplo, una parcela urbana de 10.000 m2 es divisible si se piensa en dividirla en dos parcelas de 5.000 m2; pero, en cambio, aparece como indivisible si se piensa en dividirla en diez mil parcelas de 1 m2 ya que éstas no podrían desempeñar la misma función que la parcela original (por ejemplo, no es posible construir una casa o edificio en una parcela de 1 m^2).

De lo expuesto, debe concluirse que la *divisibilidad jurídica no coincide con el criterio físico de divisibilidad.* Si se tratara de la posibilidad de descomponer una cosa en partes, prácticamente todas las cosas corporales serían divisibles.

Por otra parte, se observará que para calificar una cosa de divisible no hemos señalado la necesidad de que la suma del *valor* de las partes sea equivalente o aproximadamente equivalente al valor del todo. Sin embargo, debe reconocerse que *algunas* normas de las cosas indivisibles también se aplican por excepción a aquellas cosas divisibles cuya división produce apreciable disminución de riqueza en el sentido de que la suma del valor de las partes resultantes es muy inferior al valor del todo. Ejemplo clásico de esta categoría especial de cosas divisibles son los diamantes de gran tamaño.

También es de notar que la divisibilidad jurídica *no depende del modo como pueda dividirse la cosa.* Esta división puede ser material o ideal (por ejemplo puede hacerse la división mediante el corte de una pieza de tela, la fijación de señales en el terreno para distinguir dos parcelas resultantes de la división de una parcela mayor o incluso a través de una simple indicación en planos o documentos). Pero para que pueda hablarse de cosa divisible es necesario que *pueda dividirse la cosa misma* y no sólo su valor (por ejemplo: un caballo es indivisible aun cuando es posible que su propiedad se distribuya entre varios copropietarios a quienes se asigne una cuota ideal de la misma: 1/2, 1/3, etc.). En efecto, la división del valor es siempre posible, de modo que desde ese punto de vista, no habría cosas indivisibles.

Por último, debemos referirnos a la llamada *indivisibilidad legal o convencional.* En algunos casos, la ley prohibe dividir ciertas cosas o prohibe dividirlas en partes que no alcancen una determinada magnitud (por ejemplo, en algunas legislaciones existen prohibiciones de esa naturaleza para combatir el minifundio). En otros casos, las partes convienen en prohibir la división de la cosa (por ejemplo, los comuneros pueden obligarse a no pedir partición por un plazo que no exceda de cinco años). En un caso, se puede hablar de indivisibilidad legal y en el otro de indivisibilidad convencional; pero, en realidad, *no se trata de cosas indivisibles*

propiamente dichas sino de prohibiciones legales o convencionales de efectuar la división; la cosa en sí misma es divisible, lo que ocurre es que la ley o una convención prohiben realizar la división.

II. AMBITO DE LA CLASIFICACIÓN

Nos referimos aquí a la divisibilidad o indivisibilidad de las cosas. También se habla en Derecho, de *hechos* divisibles e indivisibles así como de *derechos y obligaciones* divisibles e indivisibles; pero esas clasificaciones se hacen desde puntos de vista diferentes.

III. IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

La divisibilidad o indivisibilidad de las cosas tiene trascendencia especialmente en dos aspectos:

1° Ningún comunero tiene derecho a exigir la división real cuando la cosa común es indivisible (C.C., art. 769), y

2° Cuando la cosa que forma el objeto de una obligación es una cosa indivisible, la obligación es también indivisible (C.C., art., 1.253, 3°).

COSAS PRESENTES Y FUTURAS

Son cosas presentes las que existen en el momento que se considera (por ej., la casa edificada ya) y futuras las que, si bien no existen en ese momento, se espera razonablemente que lleguen a existir (por ej., la cosecha que se espera de unas plantas sembradas, un escritorio cuya fabricación se ha encargado).

En principio, tanto las cosas presentes como las futuras pueden ser objeto de obligaciones o derechos de crédito (por ej.: un agricultor puede asumir la obligación de transmitir la propiedad y de entregar tanto

la cosecha que ha recogido como una cosecha futura). El propio Código Civil consagra expresamente el principio de que las cosas futuras pueden ser objeto de contrato, salvo disposición especial en contrario (C.C., art. 1.156). *En cambio, las cosas futuras no pueden ser objeto de posesión, propiedad ni otro derecho real.* En consecuencia, en los contratos que obligan a transmitir la propiedad u otro derecho real sobre una cosa futura, el efecto traslativo o constitutivo no opera en el momento en que se perfecciona el contrato sino que presupone adicionalmente que la cosa llegue a existir. Es más, la ley prohibe la constitución de ciertos derechos reales sobre cosas futuras. Tal es el caso de la prohibición expresa de constituir hipoteca convencional sobre bienes futuros (C.C., art. 1.893), que la doctrina extiende a toda clase de hipoteca.

En algunas oportunidades se llaman cosas futuras a las cosas que aun cuando existen en el momento considerado no pertenecen a la persona de que se trata; pero que se espera razonablemente que lleguen a pertenecerle.

COSAS SINGULARES Y UNIVERSALES

I. INTRODUCCIÓN

En un célebre texto, Pomponio distinguía tres categorías de cosas que corresponden a las que modernamente se suelen llamar simples, compuestas y universales. A su vez, las dos primeras categorías se agrupan bajo el rubro de cosas singulares.

II. COSAS SIMPLES Y COMPUESTAS (COSAS SINGULARES)

Cosas simples son las cosas que tienen una individualidad unitaria y se consideran como tales en la vida común (por ej., una piedra o un toro). Ciertamente dichas cosas tienen desde el punto de vista de las ciencias naturales una pluralidad de elementos constitutivos muchas veces heterogéneos; pero esa circunstancia es irrelevante en la estimación social que interesa al Derecho. Concebimos a un toro como una unidad

y no como un conjunto de los innumerables elementos que en él podrían distinguir biólogos, químicos o físicos.

Las cosas simples no sólo pueden ser cosas naturales, como las arriba señaladas, sino que también pueden haber sido producidas artificialmente, como es el caso de una botella o de un cuadro.

Cosas compuestas son las que resultan de la unión material de cosas que pasan a constituir el todo conservando su individualidad y eventualmente, la posibilidad de separación (por ej., los edificios, las naves, etc.). En tales casos, existe *agregación material entre cosas que están adheridas* unas a otras con la característica de formar un todo que, prácticamente, no es una simple suma de los elementos que lo componen.

En las cosas simples hay continuidad entre sus elementos, en las compuestas sólo adherencia material. En las cosas simples no hay agregación sino individualidad unitaria; pueden ser descompuestas en sus componentes, pero no resultan de una simple agregación de varias cosas (por ej.: un cuadro no es una agregación de tela, aceite, colorantes, etc., sino el resultado de la transformación de tales elementos para engendrar una nueva entidad prácticamente inescindible). Mientras que los componentes de la cosa simple carecen de individualidad propia y no pueden aislarse sin destruir el todo, en la cosa compuesta cada elemento (por ej.: en un edificio, las puertas, ventanas, etc.) conserva su propia individualidad tanto que puede plantearse la posibilidad de su separación del todo sin que éste pierda su esencia como ocurriría con las cosas simples.

Las cosas compuestas, presentan una unidad compleja: no son simple suma de sus elementos, pues éstos conservan su autonomía.

Las cosas simples pueden ser naturales o artificiales; las compuestas son siempre artificiales.

Las cosas simples son inescindibles en el sentido indicado; las compuestas son separables.

III. IMPORTANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE COSAS SIMPLES Y COMPUESTAS

Si bien con argumentos meramente especulativos se combate la distinción entre cosas simples y compuestas (como lo hace, por ejemplo, Perozzi), existe una diferencia en el régimen jurídico de unas y otras que justifica distinguir entre ellas.

1° En las cosas compuestas es posible que una persona tenga derechos sobre uno o más de sus elementos y que otra tenga derecho sobre el todo (*rectius*, sobre los demás elementos del todo). Algunos casos podrían citarse en materia de accesión, arrendamiento, etc. Por ejemplo, si el propietario del suelo ha hecho construcciones, plantaciones u otras obras con materiales ajenos, en caso de mala fe, el propietario de los materiales (obsérvese que hay dos propiedades: la del todo y la de los materiales), puede llevárselos si esto puede hacerse sin destruir la obra construida o sin que perezcan las plantaciones o, en todo caso, puede exigir su valor (C.C., art. 556). Mientras no elija, la propiedad de los materiales, no obstante formar éstos una misma cosa con el resto del inmueble, pertenece a persona distinta del resto del inmueble.

No ocurre lo mismo con las cosas simples.

2° Existen peculiaridades respecto de la usucapión de cosas compuestas: si el poseedor *ad usucapionem* de una cosa antes de cumplirse el tiempo necesario para adquirir incorpora a esa cosa otra para formar una cosa compuesta, adquiere la cosa incorporada si posee la cosa compuesta por el tiempo que falta para adquirir aquélla.

3° Los actos de disposición relativos al todo de una cosa compuesta comprenden implícitamente sus partes componentes (por ej., en la venta de una nave queda comprendido el casco, las máquinas, el ancla, el timón, etc.). Lo mismo ocurre con las cosas simples. Pero, en el caso de las cosas compuestas a diferencia de las simples, tiene sentido el pacto que excluya de la operación uno o más elementos de la cosa (por ej., en el caso señalado, las partes podrían estipular que el ancla de la nave no queda comprendida en la venta).

IV. COSAS SINGULARES Y UNIVERSALES

Las cosas simples y compuestas constituyen unidades cuyas partes están materialmente unidas. En cambio, existen otras cosas que sin estar materialmente unidas se consideran como una unidad resultante de la reunión *ideal* de una pluralidad de cosas homogéneas o heterogéneas que forman una entidad que no es la mera suma de sus componentes sino que está sujeta a una única denominación *uni nomini subiecta* y a un único régimen jurídico, sin perjuicio de que subsista la individualidad práctica y jurídica de cada cosa componente.

Para contraponer las cosas simples y compuestas por una parte y por la otra esas unidades de que hablamos, se llama a las primeras cosas singulares y a éstas complejos de cosas, cosas universales o universalidades.

Existe una vasta gama de esos complejos de cosas. Por ejemplo, una pareja de animales de la misma especie, de distinto sexo y aptos para la reproducción forman una entidad socialmente estimada como diferente de la simple suma de tales animales porque en conjunto pueden cumplir una función que no puede realizar cada uno separadamente. Una suma de acciones de una sociedad es, en principio, una simple pluralidad de cosas; pero el grupo de acciones que constituyen la mayoría forma una entidad diversa de la suma aritmética de las unidades singulares. Universalidades son también una enciclopedia, una biblioteca y casi cualquier "colección" (completa).

En general, la unidad característica de la universalidad depende de la voluntad privada y no es una categoría fija y forzosa. Si el propietario ofrece en venta conjuntamente la pareja de animales reproductores, los trata como universalidad; si los ofrece por separado, los trata como pluralidad de cosas singulares. Los ejemplos podrían multiplicarse. En general, el Derecho recoge de la realidad, la unidad característica de las universalidades de cosas: son consideraciones prácticas y no esquemas lógicos o jurídicos los que generalmente dan el carácter de universalidad a una pluralidad de cosas.

Pero dentro del concepto de universalidades surge la división de universalidades de hecho (*universitas facti*) y de universalidades de derecho (*universitas juris*).

V. UNIVERSALIDADES DE HECHO Y DE DERECHO

1° Aunque la distinción arranca de los glosadores, no existe todavía acuerdo entre los autores ni sobre el criterio de distinción entre ambas categorías ni sobre la naturaleza jurídica de unas y otras.

2° Según la doctrina dominante, las *universalidades de hecho* se caracterizan porque:

A) Están formadas por una pluralidad de cosas corporales, materialmente *distintas* unas de otras, carácter que diferencia la universalidad de la cosa compuesta y que permite la celebración de actos y la existencia de relaciones que, incluso materialmente, afecten a una o más de las cosas componentes sin que afecten al todo (por ej.: si vendo un toro que forma parte de un rebaño no queda afectada la propiedad del rebaño como tal; si se muere ese toro no desaparece el rebaño, etc.). Así las cosas singulares componentes de la universalidad tienen una individualidad social y jurídicamente apreciable.

B) Las cosas deben haber sido reunidas por la voluntad del propietario de darle una destinación unitaria que supere la función de cada cosa singular sin anular ésta. Obsérvese el papel de la voluntad del propietario: la destinación unitaria, sólo puede surgir de su voluntad expresa o tácita y desaparecer con la misma. El hecho de que las cosas deban pertenecer a un mismo propietario, se requiere en el momento de la destinación. Constituida la universalidad, puede darse el caso de que subsistiera aunque alguna de las cosas singulares que la compongan pasen a ser propiedad de otra persona.

3° Por lo contrario, de acuerdo con la doctrina dominante, las universalidades de derecho se caracterizan por ser un complejo de relaciones jurídicas (no de cosas) a los que la ley (no la voluntad del titular) considera

como unidad y sujeta a un régimen jurídico diferente del aplicable a cada relación jurídica singularmente considerada. Como ejemplos se suelen señalar la herencia, el patrimonio personal y los distintos patrimonios separados. Así entendidas, las universalidades de derecho no son una subclasificación de las cosas.

COSAS PRINCIPALES Y ACCESORIAS

Las relaciones de dependencia y subordinación entre las cosas adoptan formas muy variadas.

Desde un punto de vista, la doctrina moderna distingue entre partes integrantes y pertenencias; pero al lado de éstas también incluye como cosas accesorias aquellas que sin ser parte integrantes ni pertenencias, se incorporan por la voluntad de los interesados a otra cosa reputada principal sin que llegue a haber una unidad de destino económico entre una y otra.

La importancia de la distinción entre cosas principales y accesorias deriva del principio de que lo accesorio sigue a la principal, regla que, por lo demás, no carece de excepciones.

Partes constitutivas o integrantes son aquellos componentes de un todo que teniendo cierta autonomía están adheridos entre sí para formar aquél. En consecuencia, partes en el sentido indicado no existen sino en las cosas compuestas. Esas partes a su vez pueden dividirse en esenciales (o inseparables) y no esenciales (o separables). Las primeras son aquéllas que no se pueden separar unas de otras sin que alguna se destruya o "sufra alteración de su sustancia". Estas partes, en principio, no pueden ser objeto de derechos diferentes de los derechos que se refieren al todo. En cambio, las partes no esenciales son aquéllas que pueden separarse unas de otras sin que ninguna se destruya o sufra alteración de su sustancia. Estas partes, en cambio, pueden ser objeto de derechos diferentes de los derechos que existen sobre el todo.

Pertenencias son cosas que conservando su individualidad y autonomía han sido destinadas en forma duradera al servicio de los fines de otra cosa, llamada principal. Es necesario pues: a) que la cosa sea destinada al fin económico de la cosa principal (no sólo de la satisfacción de los intereses personales de su dueño), de modo que exista vinculación objetiva de fin a medio entre las dos cosas, y b) que esa destinación sea duradera lo que a su vez presupone que quien determine ese destino no sea quien tenga un simple derecho temporal a gozar de la cosa (por ej., un usufructuario o arrendatario), sino el propietario, el poseedor *animus domini* o el enfiteuta. La cosa principal puede ser inmueble (por ej., la maquinaria industrial puede ser una pertenencia del fundo donde se encuentra) o mueble (por ej., el marco es una pertenencia del cuadro).

Es característico de las pertenencias seguir la suerte de la cosa principal. Así, por ejemplo, los actos referentes a la cosa principal (especialmente las disposiciones de ésta: enajenación, gravámenes, etc.), salvo pacto en contrario, comprenden las pertenencias.

COSAS SUSCEPTIBLES DE TRÁFICO, COSAS NO SUSCEPTIBLES DE TRÁFICO Y COSAS DE TRÁFICO PROHIBIDO

Cosas no susceptibles de tráfico (*res extra commercium*) son tanto las cosas que no pueden ser objeto de tráfico por su misma naturaleza (las cosas comunes como el aire, el mar, etc.) como las que no pueden serlo por su destino (las cosas públicas y las cosas sagradas).

Cosas de tráfico prohibido y de tráfico restringido son aquéllas que sin estar fuera del tráfico por su naturaleza o su destino están sometidas a una prohibición de enajenar absoluta o relativa. Tales prohibiciones suelen obedecer a motivos de seguridad o salud pública (como ocurre con ciertas armas, explosivos, venenos, drogas, etc.), económicos, artísticos, históricos, etc.

Pero, como señala Ennecerus, en el caso de las *res extra commercium* (*res communis omnium, res publicae* y *res sacrae*), la imposibi-

lidad de tráfico respecto a las mismas no es sino la consecuencia de la imposibilidad (total o parcial) de ser objeto de derechos privados.

COSAS APROPIABLES Y NO APROPIABLES

Es frecuente clasificar las cosas en apropiables y no apropiables según pueden ser objeto de relaciones jurídicas patrimoniales, o no pueden serlo. Realmente estas últimas no son cosas en sentido jurídico.

A su vez, las cosas apropiables pueden estar apropiadas o no apropiadas (*res nullius*).

CAPÍTULO IV

BIENES MUEBLES E INMUEBLES: ANTECEDENTES DE LA CLASIFICACIÓN

INTRODUCCIÓN. DERECHO ROMANO. ANTIGUO DERECHO FRANCÉS. CODIFICACIÓN NAPOLEÓNICA.

I. INTRODUCCIÓN

Originalmente la distinción entre inmuebles y muebles presentaba tres características: 1) estaba limitada a las cosas corporales; 2) tenía poca trascendencia jurídica; y 3) se fundaba en "la naturaleza de las cosas", o sea, en el criterio físico de la fijeza o movilidad de los bienes.

Con el tiempo, una concepción muy amplia del concepto de cosa llevó a extender la clasificación hasta comprender en ella incluso a los derechos y acciones. Por otra parte, la circunstancia de que en la Edad Media bienes carentes de movilidad, en especial el suelo, adquirieran la máxima importancia económico-social, condujo a crear un régimen jurídico de favor para los inmuebles de modo que la distinción alcanzó gran trascendencia jurídica porque los regímenes jurídicos de los inmuebles y de los muebles pasaron a ser radicalmente diferentes. Por último, en el deseo de que el régimen de favor alcanzara a todos los bienes de importancia económico-social, algunos de éstos fueron calificados de inmuebles, independientemente de su naturaleza física.

Así en la mayoría de los Derechos contemporáneos la clasificación de los bienes muebles e inmuebles: 1) abarca todas las cosas, derechos y acciones; 2) tiene gran trascendencia por las profundas diferencias entre las normas dictadas para los inmuebles y los muebles; 3) favorece a los

inmuebles; y 4) tiene marcado carácter jurídico-positivo en cuanto que no es la naturaleza de la cosa sino la determinación de la Ley positiva lo que califica un bien de mueble o inmueble.

En tales condiciones, la clasificación sólo podría resultar adecuada si se la mantuviera en concordancia con la realidad socio-económica, de modo que la ley en cada momento calificara de inmuebles a todos los bienes que por su importancia merecieran regirse por el régimen de favor y de bienes muebles a los demás. Ahora bien, los frecuentes cambios socio-económicos dificultan mantener esa concordancia porque al variar reiteradamente la importancia de diferentes bienes, sería necesario que de inmediato se modificara su calificación legal como muebles o inmuebles. De allí que en ciertas épocas y lugares, la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, tal como está consagrada por la Ley, esté divorciada de la realidad y conduzca a resultados contrarios a las exigencias socio-económicas.

Por lo demás, es un hecho que la máxima protección legal para ciertos bienes no se logra sino a través de mecanismos cuya aplicabilidad no deriva fundamentalmente ni de la fijeza del bien ni de su importancia económica sino de otras características. No resulta extraño que, por ende, se proponga sustituir la clasificación de referencias por otra fundada en criterios que determinen la posibilidad o imposibilidad de aplicar los mecanismos protectores al bien de que se trate; en particular, en la posibilidad o imposibilidad de someterlos a un régimen de registro.

DERECHO ROMANO

I. ORÍGENES DE LA CLASIFICACIÓN

El germen de la distinción de las cosas en muebles e inmuebles tiene sus raíces en el Derecho Romano más antiguo: ya la Ley de las XII Tablas contraponía los fundos ("fundi") a las demás cosas. En diversas materias el Derecho Romano siempre estableció distinciones entre los fundos ("fundi") o predios ("praedia") y las demás cosas; pero la clasificación fundamental de las cosas en la época clásica fue la de *res mancipi* y

res nec mancipi. En la época post-clásica, dicha clasificación perdió progresivamente importancia hasta que Justiniano la abolió. Paralelamente, la clasificación de las cosas en muebles e inmuebles —terminología que parece haber sido introducida por el propio Justiniano— entró a reemplazar la clasificación abolida.

II. CRITERIO Y ÁMBITO DE LA CLASIFICACIÓN

El Derecho Romano clasificó los bienes en muebles e inmuebles de acuerdo a un *criterio físico*: Inmuebles eran las cosas no susceptibles de desplazamiento, como el terreno en su configuración natural y todo lo que se le incorpora en virtud del principio de accesión; y muebles, las demás cosas.

Por otra parte, los romanos siempre limitaron esta clasificación a las cosas corporales.

III. TRASCENDENCIA DE LA CLASIFICACIÓN

En Roma la importancia de la clasificación era *limitada*. Sin embargo:

1° Para adquirir fundos por *usucapión* se requerían dos años de posesión, mientras que el lapso era de uno para las otras cosas (Ley de las XII Tablas).

2° Los *interdictos posesorios* dirigidos a asegurar el mantenimiento de la posesión (interdictos *retinendae possessionis*) diferían según se tratara de muebles o inmuebles[1]. A su vez, dos de los interdictos dirigi-

1. El interdicto *uti possidetis* sólo se aplicaba a la posesión de inmuebles y se concedía al poseedor actual, mientras que el interdicto *utrubi* sólo se aplicaba a la posesión de los bienes muebles y se concedía al que hubiese poseído por más tiempo durante el último año.

dos a recuperar la posesión (interdictos *recuperandae possesionis*) se referían sólo a los inmuebles.

3° Las *servidumbes prediales* sólo podían constituirse sobre los fundos.

4° Se prohibió al tutor, la *enajenación* de los predios rústicos y suburbanos del pupilo, y al marido la del fundo que formara parte de la dote de la mujer casada. Y,

5° Sólo las cosas muebles podían ser objeto de *hurto*.

ANTIGUO DERECHO FRANCÉS

I. ORÍGENES DE LA CLASIFICACIÓN

En el antiguo Derecho Francés, la distinción entre inmuebles y muebles nació de la contraposición original entre *héritages* (inmuebles) y *chalets* o *cateaux* (muebles).

II. TRASCENDENCIA Y SENTIDO DE LA CLASIFICACIÓN

A partir de la caída del Imperio Romano, *la importancia de la tierra* —el inmueble por antonomasia—, *creció desde el punto de vista económico*, pues casi era la única fuente de ingresos, y *desde el punto de vista político*, ya que la jerarquía de las personas estaba ligada a la "jerarquía de las tierras". En cambio, los bienes muebles en su mayoría no eran valiosos: ni eran productivos ni estaban vinculados con la jerarquía de la sociedad feudal. Lógico efecto era una gran trascendencia jurídica de la clasificación porque no podían esperarse sino grandes diferencias entre el régimen jurídico inmobiliario y mobiliario cuando se partía de la idea de que uno era el *régimen propio de las cosas verdaderamente valiosas y otro el de las poco valiosas*. Así, en el antiguo Derecho Francés, la clasificación de los bienes en muebles o inmuebles estaba inspirada en el principio de la superioridad de los inmuebles.

El régimen jurídico inmobiliario fue, pues, un *régimen jurídico de favor y pretendió, especialmente, evitar que los inmuebles salieran de la familia a la cual pertenecían*. Así en materia de sucesiones el testador no podía disponer libremente de los inmuebles y, a falta de descendientes, aquellos bienes debían regresar a la familia de donde provenían: *paterna, paternis; materna, maternis*. De igual manera, los regímenes patrimoniales permitían que cada cónyuge conservara los inmuebles de familia, pues éstos no formaban parte de la comunidad conyugal. En cambio, no se dictaron reglas análogas para los muebles que en esa época no tenían sino ínfimo valor (*res mobilis, res vilis*).

III. AMBITO DE LA CLASIFICACIÓN

La consideración de que los derechos reales eran cosas (corporales, la propiedad; incorporales, los demás), permitió al antiguo *Derecho extender la clasificación* de muebles e inmuebles no sólo a las cosas sino *a los derechos*, y no sólo a los derechos reales, que se prestan mejor a la clasificación por recaer directamente sobre una cosa, sino también a los derechos de crédito que fueron calificados de bienes muebles. Pero, esa extensión del ámbito de la clasificación obedeció, además, a *intereses prácticos* puesto que al calificar como inmuebles ciertos derechos, éstos quedaban sujetos a la regla *paterna, paternis; materna, maternis* y al calificar otros derechos como muebles se los hacía formar parte de la comunidad conyugal. Tan es así que en el sur de Francia donde se conservaban las reglas sucesorales romanas y no existía la comunidad conyugal, la clasificación de muebles e inmuebles no se extendió a los derechos.

IV. CRITERIO DE LA CLASIFICACIÓN

El criterio de la distinción entre muebles e inmuebles era *complejo*. Al criterio físico romano, basado en la posibilidad o imposibilidad de desplazar un bien, se yuxtapusieron criterios de naturaleza económica. En efecto, los juristas de la época, imbuidos de espíritu práctico y preocupados por asegurar la suerte del patrimonio familiar, incluyeron

dentro de los inmuebles a los bienes que presentaban los mismos caracteres económicos que la tierra y excluyeron de dicha categoría a bienes que no presentaban tales caracteres económicos sin tomar *en cuenta su naturaleza física.*

1° Por su escasa duración o productividad, una serie de bienes físicamente inmobiliarios fueron tratados como bienes muebles. Tal fue el caso de ciertas construcciones (como por ej., las trojas), de ciertos árboles, etc. El hecho fue tan notorio que llegó a incurrirse en el error de creer que el antiguo Derecho francés mantuvo una clasificación tripartita: heredades, *cateaux* (inmuebles calificados como muebles) y muebles; pero no fue así: en esa época, muebles y *cateaux* no eran categorías distintas.

2° A la inversa y con ciertas limitaciones se trataron como inmuebles algunos bienes fácilmente desplazables; pero de elevado valor. Así, Loysel atribuyó carácter inmobiliario a "los principales anillos y joyas, reliquias y libros de las casas de los Príncipes y Altos Barones".

3° Las acreencias fueron clasificadas como muebles por ser improductivas, en virtud de la prohibición del préstamo a interés; y por la razón contraria, las rentas fueron clasificadas como inmuebles.

La influencia del criterio económico queda evidenciado en las palabras de Pothier cuando afirmaba que las "heredades" eran las que constituían la fortuna familiar de sus antepasados y no los muebles, que eran muy poco considerables, y añadía que las rentas y los oficios habían sido reputados inmuebles porque representaban en su época la fortuna de una gran cantidad de familias.

CODIFICACIÓN NAPOLEÓNICA

I. GENERALIDADES

El Código Napoleónico reaccionó contra el antiguo Derecho en cuanto al criterio fundamental de la distinción entre muebles e inmuebles; pero mantuvo el ámbito de la clasificación y su espíritu.

II. CRITERIO DE DISTINCIÓN

El Código *Napoleónico comienza por establecer el criterio físico como fundamento de la clasificación.* Al volver así a las fuentes romanas ya no será el valor y productividad de la cosa sino su fijeza o movilidad lo que, en principio, decida su calificación como inmueble o como mueble.

Si bien el Código hace algunas *concesiones* a la vieja tradición de calificar de inmuebles a las cosas valiosas por el solo hecho de serlo, en la inmensa mayoría de los casos en que califica de inmuebles a cosas que físicamente son muebles no lo hace en atención a su valor, sino con el fin de asegurar la aplicación de un mismo régimen jurídico tanto al inmueble al cual se incorporan o destinan cosas muebles como a las cosas muebles incorporadas o destinadas a aquél. Dicho sea de paso, la misma finalidad hubiera podido alcanzarse sin necesidad de calificar como inmuebles a tales cosas muebles pues bastaba reconocer que éstas eran accesorios del inmueble y aplicar el principio de que lo accesorio sigue a lo principal.

A pesar de que, como queda dicho, el Código Napoleónico establece como criterio fundamental de distinción la naturaleza física y no el valor o productividad de la cosa, es innegable que toma en cuenta consideraciones económicas. Es evidente, por ejemplo, que incluso la calificación inmobiliaria de las cosas muebles que se incorporan o destinan a un inmueble obedece a la consideración de que es conveniente que el conjunto quede sometido a un mismo régimen jurídico por razones que en muchos casos son económicas.

III. TRASCENDENCIA Y SENTIDO

Pero aun cuando el Código Napoleónico en términos generales abandona el criterio de calificar de inmuebles a las cosas más valiosas y de muebles a los demás, sin embargo mantiene en gran parte las diferencias que el antiguo Derecho establecía entre el régimen jurídico

inmobiliario y mobiliario por el hecho de que calificaba las cosas valiosas como inmuebles y viceversa. Así en el Código Napoleónico, los inmuebles adquiridos antes del matrimonio no forman parte de la comunidad conyugal, mientras que los muebles sí; la rescisión de la venta por causa de lesión sólo rige para los inmuebles; el régimen de la administración de los bienes de los incapaces es mucho más estricto respecto de los inmuebles que respecto de los muebles, y se consagra una diferencia en las formalidades de embargo de muebles e inmuebles con el objeto de proteger éstos.

Al mantenerse en el Código las diferencias de regulación entre muebles e inmuebles que el antiguo Derecho derivaba de la diferencia de valor entre unos y otros, vino a ocurrir que si antes de la Revolución prácticamente las cosas valiosas eran clasificadas como inmuebles, aunque tuvieran movilidad, para darles un tratamiento de favor, el Código invirtió la situación y aunque clasificó como muebles a las cosas dotadas de movilidad, por ese solo motivo las trató como si fueran poco valiosas. Así, si en el antiguo Derecho Francés *res mobilis, res vilis* significaba que las cosas poco valiosas se consideraban muebles, en el Código Napoleónico significa que las cosas dotadas de movilidad se regulan como si fueran poco valiosas. Ahora bien, en este aspecto el Código sólo puede merecer crítica, especialmente si se considera que el desarrollo técnico y económico ha dado a ciertas cosas movibles una importancia que antes no tenían, como ocurre con el dinero y los títulos de crédito, así como ha descubierto o inventado cosas movibles de apreciable valor hasta el extremo de que unos gramos de materiales radioactivos valen mucho más que numerosas hectáreas de tierra de pastoreo.

IV. AMBITO DE LA CLASIFICACIÓN

El Código Napoleónico no volvió en esta materia a las fuentes romanas, sino que mantuvo la clasificación referida tanto a las cosas como a los derechos y a las acciones. Tampoco en este aspecto merece elogios.

V. INFLUENCIA SOBRE NUESTRA LEGISLACIÓN

El Código Civil Italiano de 1865 y a través de éste, nuestro Código Civil, mantuvieron sustancialmente el criterio y ámbito de la clasificación, tal como los consagraba el Código Napoleónico; pero nuestro Código Civil ha suprimido en su mayor parte las consecuencias que directamente derivaban de tratar como despreciables los muebles y valiosos los inmuebles. Resta por dilucidar si ha debido dar un paso más y sustituir dicha clasificación por otra.

CAPÍTULO V

BIENES INMUEBLES Y MUEBLES EN EL DERECHO CIVIL VENEZOLANO (PRIMERA PARTE)

GENERALIDADES. ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS INMUEBLES. IMMUEBLES POR SU NATURALEZA. INMUEBLES POR DESTINACIÓN. INMUEBLES POR EL OBJETO AL QUE SE REFIEREN

GENERALIDADES

I. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE MUEBLES E INMUEBLES

Nuestro Código Civil, al igual que el Código Napoleónico, no sólo hace de la clasificación en muebles e inmuebles, la *summa divisio* de las cosas (C.C., art. 525) sino que la extiende a las relaciones jurídicas al comprender en ella los derechos, obligaciones y acciones con la denominación de muebles o inmuebles por el objeto a que se refieren (C.C., arts. 530 y 533). Esta inclusión de las relaciones jurídicas, abstracción hecha de otras consideraciones, induce a errores, porque el régimen jurídico de las *cosas* muebles e inmuebles no siempre se aplica a *las relaciones jurídicas* calificadas como muebles o inmuebles.

II. CRITERIO DE DISTINCIÓN ENTRE MUEBLES E INMUEBLES

Nuestro Código Civil sigue también al Código Napoleónico cuando recoge la tradición romana de tomar el *criterio físico* como punto de

partida para distinguir entre muebles e inmuebles como lo establece la norma de que "Son muebles por su naturaleza los bienes que pueden cambiar de lugar, bien por sí mismos o movidos por una fuerza exterior" (C.C., art. 532). Sin embargo, es de observar que:

1° Dada la naturaleza misma de las cosas incorporales y de las relaciones jurídicas nuestro legislador no pudo clasificarlas en muebles e inmuebles en atención al puro criterio físico.

2° El legislador no se sustrajo por completo a la tradición medioeval de tomar como base de la distinción criterios económicos. Por *ello no mantuvo con fidelidad el criterio físico* ni siquiera en relación con las cosas corporales, como se comprueba al advertir que se consideran inmuebles por su naturaleza "los hatos, rebaños, piaras y cualquier otro conjunto de animales de cría, mansos o bravíos, mientras no sean separados de sus pastos o criaderos" (C.C., art. 528).

3° Por lo demás, en ningún caso resulta rigurosamente exacta la fórmula según la cual son muebles los bienes que pueden cambiar de lugar e inmuebles los que no pueden hacerlo. En efecto, todas las cosas corporales cambian de lugar al menos como consecuencia del movimiento del astro del cual forman parte. Es más, en puridad de rigor, todas o casi todas las cosas corporales situadas en la tierra pueden cambiar de lugar dentro de la misma, aunque para ello unas cosas necesariamente han de sufrir deterioro o menoscabo mientras que otras no. Pero tampoco sería exacto afirmar que, en principio, son muebles las cosas corporales que pueden cambiar de lugar sin deterioro o menoscabo e inmuebles las demás. Si así fuera, habrían de considerarse muebles los inmuebles por excelencia, en concreto, el suelo (pues elementos suyos como las rocas, arenas, etc. pueden ser trasladados sin deterioro) y muchas construcciones (pues las técnicas modernas permiten desplazarlas —dentro de ciertos límites— sin sufrir deterioro o menoscabo). Más bien parece que el verdadero punto de partida es la distinción entre aquellas cosas que por su manera de ser prestan su utilidad permaneciendo (relativamente) fijas y aquellas cosas que por su manera de ser prestan su utilidad sin necesidad de permanecer (relativamente) fijas.

ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS INMUEBLES

Desde 1916, nuestro legislador declara que los inmuebles pueden serlo por su naturaleza, por su destinación o por el objeto a que se refieren (C.C., art. 526).

I. INMUEBLES POR SU NATURALEZA

1° Concepto

Conforme a lo expuesto, son inmuebles por su naturaleza las cosas corporales que por su manera de ser prestan su utilidad permaneciendo (relativamente) fijas. El carácter inmobiliario de estos bienes deriva pues *de su propia manera de ser* (por eso se dice que son inmuebles por su naturaleza). Como se ha dicho, la fijeza que los caracteriza no es absoluta sino relativa: no excluye ni el movimiento universal ni tampoco la posibilidad de desplazar alguno de sus elementos o la totalidad de ellos por medios sencillos o complicados (como ocurre incluso con el suelo y las construcciones).

2° Enumeración

Si se atiende al texto de la ley *pareciera* que ésta distingue entre los inmuebles por su naturaleza en *sentido propio* que serían los terrenos, las minas, los edificios y, en general, toda construcción adherida de modo permanente a la tierra o que sea parte de un edificio (C.C., art. 527, ap. 1) y los que son inmuebles por su *naturaleza por extensión o por considerarlos así la ley*, que serían los demás inmuebles enumerados en el artículo 527 del Código Civil. Pero esa clasificación superficial no tiene trascendencia jurídica. En cambio, interesa distinguir entre *los terrenos* y los bienes que *son inmuebles por su incorporación* a terrenos.

A) *Terrenos*. Son éstos los inmuebles por excelencia, los más típicos. Comprenden no sólo la porción correspondiente de la superficie terrestre sino que forman una misma cosa con el subsuelo y el espacio aéreo (hasta los límites dentro de las cuales el derecho de propiedad de

la superficie se extiende legalmente a ellos). Pero debe advertirse que las *minas* (estén en el subsuelo o en la superficie), son bienes inmuebles por su naturaleza *distintos del resto del terreno en que están enclavadas*, ya que son objeto de un derecho diferente cuyo titular puede ser una persona distinta del dueño del resto del terreno. A su vez, los minerales a medida que se extraen del yacimiento se hacen bienes muebles.

Aunque la ley estimó necesario hacer mención separada de ellos, *las lagunas, estanques, aljibes y todas las aguas corrientes* (ríos, arroyos, manantiales, torrentes, etc.) son inmuebles por su naturaleza porque forman *parte de los terrenos*, aunque no siempre están comprendidos dentro de la propiedad del dueño del terreno (o de los dueños de los terrenos), donde están situados o que atraviesan. Por lo demás, cabe advertir que las aguas mencionadas son inmuebles cuando se las considera en su conjunto global, mientras que son muebles las porciones separadas o extraídas de ellas (por ejemplo, aguas envasadas tomadas de un río); pero no las aguas que corren por un canal abierto con el fin de tomar aguas de un río pues entonces siguen siendo aguas corrientes.

B) *Inmuebles por incorporación a terrenos*. Las demás cosas que la ley enumera como inmuebles por su naturaleza con una sola salvedad son cosas —natural o artificialmente— incorporadas a los terrenos.

a) *La incorporación*. Respecto de los mencionados inmuebles lo decisivo para que tenga el carácter de *inmuebles es el hecho de la incorporación*. La sola *destinación* de un bien mueble a ser incorporado a un terreno no lo convierte en inmueble por su naturaleza. Así, por ejemplo, los materiales reunidos para construir un edificio no son inmuebles, mientras no se les emplee en la construcción (C.C., art. 534). Pero, realizada la incorporación, la cosa se hace inmueble independientemente de su valor y del agente de la incorporación. Así, en el caso de incorporación artificial, las circunstancias de que ésta provenga de persona distinta del propietario del terreno, incluso cuando la cosa incorporada sea más valiosa que el terreno, no obsta para que la cosa incorporada se convierta en inmueble, aún cuando influye en otros aspectos, como por ejemplo, en la determinación de la persona que se hace propietaria del conjunto y en el nacimiento de obligaciones de indemnizar. Así pues, en orden a

calificar de inmueble la cosa incorporada al terreno *imperan de manera absoluta los principios de que lo accesorio sigue a lo principal y de que el suelo es la cosa principal*; de allí que se hable —metafóricamente— "del poder de atracción del terreno" sobre todo lo que se le incorpore.

En nuestra legislación parece que, en principio, se requiere que la incorporación sea *permanente* para que la cosa incorporada tenga carácter inmobiliario.

Por otra parte, los inmuebles por su naturaleza que deben ese carácter al hecho de su incorporación a los terrenos, lo pierden y pasan a ser muebles cuando cesa dicha incorporación, sea por hecho del propietario, de un tercero o de la naturaleza. Así, los árboles derribados por cualquier causa, los frutos de la tierra o de los árboles cosechados o separados, los materiales provenientes de la demolición de un edificio y en general todos los inmuebles por incorporación que se excorporan o desincorporan del terreno pasan a ser bienes muebles (C.C., arts. 527; *a contrario sensu*, y 534).

Determinar si una cosa ha sido incorporada a un terreno, si esa incorporación tiene carácter permanente y si la incorporación ha cesado son *cuestiones de hecho* que, en su caso, corresponde apreciar discrecionalmente a los jueces de instancia.

b) *Enumeración*. Los inmuebles por su naturaleza en razón de su incorporación a un terreno que enumera la ley son:

1) *Los árboles mientras no hayan sido derribados*. A los efectos legales, debe entenderse por árbol cualquier *planta*, aun cuando no sea de las que se llame así en el lenguaje cotidiano, como es el caso de los arbustos, herbáceas, etc. En cuanto a los arbustos o plantas de semilleros sembrados con ánimo de trasplantarlos se los considera inmuebles mientras no sean separados del suelo. En cambio, nuestra doctrina tradicional no considera inmuebles por su naturaleza a los árboles colocados en potes o cajas, aunque éstos estén enterrados, por considerar ya que falta la incorporación o que la misma no es permanente.

2) *Los frutos de la tierra y de los árboles*, mientras no hayan sido cosechados o separados. Aun cuando la expresión parece referirse expresamente sólo a los vegetales, debe extenderse por analogía a los minerales mientras no hayan sido extraídos.

De acuerdo con la doctrina dominante, la venta de una cantidad de madera, leña o minerales, aunque para el momento del contrato no haya ocurrido la desincorporación es para las partes una venta mobiliaria, porque para darle cumplimiento es necesaria esa recolección o separación. Esos frutos o productos aún incorporados físicamente al terreno, pero objeto de negociaciones jurídicas que presuponen su excorporación, son precisamente los llamados *bienes muebles por anticipación*, de los cuales se tratará *infra* (v. Capítulo VI).

3) *Los hatos, rebaños y piaras y cualquier otro conjunto de animales de cría, mansos o bravíos, mientras no sean separados de sus pastos y criaderos*. La inclusión de estos bienes entre los inmuebles por su naturaleza (que no hacen otros Códigos que han influido en el nuestro) obedeció a un *criterio de valor*: Dichos conjuntos de animales constituyeron durante mucho tiempo una de las riquezas nacionales básicas ya que nuestra economía era fundamentalmente agropecuaria desde la Colonia hasta el advenimiento de la era del petróleo. Pero, no obstante la relativa fijeza que tienen esos conjuntos dentro de sus pastos o criaderos resulta exagerado incluirlos dentro de los inmuebles por su naturaleza ya que no puede decirse que estén *incorporados* al suelo sin forzar el sentido de la palabra.

El interés de considerar como inmuebles esos conjuntos de animales hubiera sido satisfecho más técnicamente si se los hubiera considerado inmuebles por destinación; pero el legislador no quiso exigir en este caso las condiciones que requieren los inmuebles por destinación. En efecto, para que un mueble sea calificado de inmueble en virtud de su destinación a un inmueble, es necesario, en principio, que este inmueble y aquel mueble sean propiedad de una misma persona. Ahora bien, en nuestro medio rural es frecuente la dificultad de poder probar la propiedad de la tierra sin lo cual no podría probarse que los conjuntos de animales de que tratamos fueran inmuebles por su destinación.

En todo caso, obsérvese que la norma declara inmueble *al conjunto como tal y no a cada animal aisladamente considerado* (lo que revela que el conjunto constituye una universalidad). Por lo demás, al separarse el conjunto de sus hatos o criaderos pierde su condición de inmueble mientras no se fije en otros pastos o criaderos.

4) *Los edificios y en general toda construcción adherida de modo permanente a la tierra o que sea parte de un edificio.* Quedan aquí comprendidos no sólo *los edificios* en sentido estricto sino todas las construcciones (por ej.: puentes, diques, túneles, etc.), con tal de que *estén adheridas permanentemente a la tierra* (otros Códigos no exigen esa nota de permanencia) o, añade la ley, *que sean parte de un edificio* (lo que no son sino construcciones adheridas permanentemente a la tierra en forma mediata, como los ascensores, balcones, etc.).

En cambio, no son inmuebles las construcciones que no están adheridas permanentemente al suelo. Así son muebles las carpas de circos levantados para una temporada, aunque estén fijados al suelo por postes, estacas o cuerdas; las barracas levantadas para guardar los materiales mientras se construye una obra; los *trailers*; etc.

Para evitar dudas la ley menciona separadamente los *acueductos, canales o acequias* que conducen el agua a un edificio o terreno y forman parte del edificio o terreno a que las aguas se destinan. Pero precisamente porque esos bienes ya estaban comprendidos en la fórmula anterior, deben considerarse también inmuebles los conductores de gas, electricidad, petróleo, etc., a pesar de no estar mencionados expresamente en la enumeración legal.

II. INMUEBLES POR SU DESTINACIÓN

1° Concepto

Son aquellos bienes muebles por su naturaleza que la ley considera inmuebles por el hecho de que el propietario de un inmueble les ha dado el carácter de *pertenencias* de éste, o sea, que los ha afectado al "uso, cultivo o beneficio" del inmueble.

2° Antecedentes y apreciación crítica

En Roma esos bienes quedaban comprendidos en las ventas y legados de los inmuebles a los cuales estaban afectados, a título de accesorios y salvo la voluntad expresa en contrario.

En el antiguo Derecho Francés se dio un paso más y se calificó de inmueble a este tipo de bienes. Pothier y el Código Napoleónico recogieron el sistema del antiguo Derecho Francés y denominaron a todos esos bienes "inmuebles por su destinación" sin caer en cuenta de que, de acuerdo con la subdivisión de los inmuebles que establecían y que era desconocida en el antiguo Derecho, algunos de esos bienes hubieran debido ser colocados en la categoría de inmuebles por su naturaleza y no en la de inmuebles por destinación. Con todo eso, el Derecho Napoleónico perseguía la finalidad de que no se separaran contra la voluntad del propietario ciertos accesorios de un fundo en detrimento del interés social.

Pero esa construcción era inútil. Hubiera bastado aplicar el principio de que lo accesorio sigue a lo principal y declarar que las pertenencias del fundo no pueden ser separadas de éste sin la voluntad del propietario. No era necesario para ello crear una nueva categoría de inmuebles.

3° Condiciones

La existencia de inmueble por destinación supone que se cumplan cuatro condiciones:

—Que exista una cosa que por su naturaleza sea *mueble* y otra que por su naturaleza sea *inmueble*;

—Que, con las salvedades que se harán, ambas cosas tengan un mismo *propietario*;

—Que exista relación de *destinación* de la *cosa* mueble a la *cosa* inmueble;

—Que la destinación —expresa o tácita— haya sido *manifestada* de modo que pueda ser conocida por los terceros.

A) En cuanto a la primera condición huelga todo comentario[1].

B) El requisito de que las cosas tengan un mismo propietario resulta del texto de la ley (C.C., arts. 528 y 529); pero deben tenerse en cuenta las siguientes situaciones:

a) El *copropietario* de un fundo que al mismo tiempo sea propietario exclusivo de una cosa mueble, puede afectar ésta al servicio de aquél, de modo que se convierta en inmueble.

b) El enfiteuta del fundo, en nuestro concepto, debe equipararse al propietario a los efectos de que tratamos. En efecto, la duración de su derecho, los motivos para crear la categoría y la tradición de considerar que en el fundo enfiteútico existen dos dominios o derechos de propiedad de los cuales uno corresponde al enfiteuta, justifican la afirmación.

c) De acuerdo con la doctrina extranjera que consideramos aplicable a nuestro Derecho, cuando el *poseedor no propietario* de un fundo es quien ha destinado la cosa mueble, ésta no se considera inmueble en las relaciones entre el poseedor y el *verus dominus* (así, por ejemplo, el *verus dominus* no tiene derecho a comprenderla en una acción de reivindicación del fundo); pero, en cambio, sí se la considera inmueble en las relaciones entre el poseedor y los terceros.

C) La tercera condición arriba mencionada (destinación de cosa a cosa), requiere un análisis. El Código Civil expresa la necesidad de que se hayan puesto las cosas para el uso, cultivo o beneficio del suelo y enumera como inmuebles por destinación:

—Los animales destinados a la labranza del fundo;

—Las simientes;

---

1. Ponen de relieve esta condición el Juzg. Sup. en lo Civ. y Merc. de Edo. Zulia en sent. de 26-V-51 (J.T.R, vol. II págs. 180-1) y la Cte. Sup. en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda en sent. de 16-X-b3 (R. & G. vol. VIII, pág. 220).

—Los forrajes y abonos;

—Las prensas, calderas, alambiques y toneles; y

—Los viveros de animales (C.C, art. 528).

Esa enumeración pudiera dar la falsa impresión no sólo de que se necesita una destinación de cosa a cosa sino, además, que, esa destinación sea en orden a la explotación agraria (agrícola o pecuaria) de un fundo[2]. Sin embargo, *tal restricción carecería de base racional y no viene impuesta por el legislador* ya que su enumeración es enunciativa y que algunas de sus menciones se relacionan por lo menos con industrias de primera transformación, como es el caso de las prensas, calderas y alambiques. En consecuencia, no sólo cabe la existencia de inmuebles por su destinación a fines agropecuarios, distintos de los expresamente mencionados en el artículo 528 del Código Civil (como por ej.: tractores, bombas de riego, etc.), sino que pueden existir inmuebles por destinación afectados *a fines industriales o comerciales* (como por ej.: el mobiliario de un hotel, los utensilios de un teatro o balneario, etc.), siempre que el fundo tenga en sí mismo, de manera objetiva, un carácter que revele que el propio fundo está afectado a la industria o comercio. Caso contrario, las cosas muebles de referencias serían accesorias a la empresa que funciona en el inmueble; pero no estarían afectadas a éste. Por lo demás, una cosa también puede constituir un inmueble por destinación en razón de una afectación a *fines comunes de la vida*. Tal es el caso, por ej. de las llaves de una casa, de lanchas destinadas exclusivamente al transporte de personas de una a otra orilla cuando se trata de personas que viven a la margen de un río, etc.

En cambio, no basta poner las cosas en el fundo para el uso personal de su propietario. Así, no son inmuebles por destinación la ropa y artículos de uso personal que tenga un dueño de hacienda en la misma, ni su bestia de silla.

---

2. Esta errónea impresión pudiera considerarse respaldada por la última de las sentencias citadas en la nota anterior de este Capítulo.

Pero si existe afectación de la cosa al fundo, no es necesario que aquélla sea indispensable para el servicio de éste.

D) Se requiere, por último que la destinación del propietario (enfiteuta o poseedor), hecha por él personalmente o a través de su representante, legal o voluntario, *se manifieste de modo que pueda ser conocida por los terceros* (requisito de publicidad que exige la jurisprudencia francesa). Ello puede ocurrir de tres maneras: por *el hecho de poner en el inmueble un mueble para su uso, cultivo o beneficio* (C.C., art. 528); por el *hecho de haberlo destinado a permanecer constantemente en un terreno o edificio* (C.C., art. 529) o por *haber creado un lazo material* de modo que la cosa mueble no se pueda separar del inmueble sin romperse o deteriorarse o sin la parte del terreno o edificio a que esté sujeto (C.C., art. 529).

Obsérvese que en el primer caso (C.C., art. 528), la voluntad de destinación de la cosa al fundo es *inequívoca*, mientras que en el supuesto del artículo 529 *no hay una manifestación expresa* de querer destinar la cosa al servicio del fundo. Sin embargo, ante la expresión categórica del artículo 529 del Código Civil de que "son también bienes inmuebles por su destinación" los allí expresados, es necesario admitir que si el artículo establece una presunción, ésta es "juris et de jure".

En todo caso, el artículo 529 del Código Civil se refiere a dos supuestos de hecho muy diferentes: la simple destinación de una cosa a permanecer constantemente en un terreno o edificio y la anexión de una cosa a un terreno o edificio[3]. El hecho de que este artículo requiera destinación de la cosa a permanecer "constantemente" en un terreno plantea la cuestión de si ese elemento temporal es exigible en el caso del artículo 528 del Código Civil. La respuesta es negativa: en el caso del citado artículo ninguna duda puede caber acerca de la voluntad de destinación del mueble ya que es expresa, mientras que en el otro caso se trata de

3. En este segundo caso consideró que se encontraban las cocinas instaladas en un Edificio de manera que no podían separarse de él sin provocar la ruptura del mismo, el Juzg. 2º, de 1ª Inst. en lo Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda en sent. del 24-XI- 59 (J.T.R., vol. VII, tomo I, pág. 878).

una determinación tácita que la Ley sólo cree justificado inferir de una destinación de la cosa a permanecer "constantemente" en el fundo.

Por otra parte, *resulta difícil distinguir la "anexión" de la "incorporación"*. Se ha sostenido que la anexión implica que la cosa anexada venga a ser una parte esencial del todo, mientras que la incorporación se daría en el caso contrario (v. Capítulo IV, Cosas Principales y Accesorias). Colin y Capitant, a su vez, sostienen que los redactores del Código Napoleónico incurrieron en un verdadero error y que los pretendidos casos de anexión de cosa mueble a un terreno o edificio, son en realidad casos de incorporación. La cuestión por cierto no es teórica porque mientras la incorporación siempre convierte en inmueble la cosa incorporada, la anexión no produce tal efecto sino cuando el propietario de la cosa que se anexa lo es también de la cosa a la cual se anexa.

4° Cesación

La cosa que tiene el carácter de inmueble por destinación *lo pierde* cuando el propietario, enfiteuta o poseedor manifiesta su voluntad de hacer cesar su destinación. Tratándose de un acto unilateral cumplido en el interior de un patrimonio, es necesario que se manifieste expresamente (por ejemplo, como señala Dominici, si el propietario al vender el inmueble a que servían las cosas se reserva la facultad de disponer de ellas), o tácitamente (por ejemplo, mediante la afectación del bien a un inmueble distinto perteneciente a otra persona).

III. INMUEBLES POR EL OBJETO A QUE SE REFIEREN

1° Introducción

A) *Concepción de la categoría.* Como ya se ha destacado, el Código Civil ha comprendido dentro de la clasificación de muebles e inmuebles, no sólo a las cosas sino *a la totalidad de las relaciones jurídicas patrimoniales*. Así, dentro de la categoría de bienes "inmuebles por el objeto al cual se refieren" encontramos *derechos y acciones*. Ahora bien, los derechos y las acciones son entidades incorporales (aunque no sean *cosas* incorporales en el sentido jurídico de la expresión), de modo que, por su

propia naturaleza es imposible calificarlos de muebles o de inmuebles. En consecuencia, al aplicárseles esta clasificación el legislador no se guió por la propia naturaleza de los derechos y acciones sino por la naturaleza de su objeto.

B) *Normas legales.* La disposición legal pertinente a estos inmuebles (C.C., art. 530), reza así:

> "Son inmuebles por el objeto a que se refieren:
>
> Los derechos del propietario y los del enfiteuta sobre los predios sujetos a enfiteusis;
>
> Los derechos de usufructo y de uso sobre las cosas inmuebles y también el de habitación;
>
> Las servidumbres prediales y la hipoteca;
>
> Las acciones que tiendan a reivindicar inmuebles o reclamar derechos que se refieran a los mismos".

Por otra parte, al interpretar la citada disposición es necesario tomar en cuenta la norma de que "son muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley, los derechos, las obligaciones y las acciones que tienen por objeto cosas muebles..." (C.C., art. 533).

2° *Derechos que son inmuebles por el objeto a que se refieren.*

A) *Derechos reales.* En principio, la aplicación del concepto de inmuebles por el objeto a que se refieren no tropieza con dificultad en materia de derechos reales: éstos son inmuebles cuando tienen por objeto bienes inmuebles por su naturaleza o destinación y muebles, caso contrario. Por lo demás, a la misma conclusión lleva el examen de la ley (C.C., arts. 530 y 533), la cual declara que son inmuebles: a) unos derechos reales que siempre versan sobre inmuebles y que, por ende, siempre son inmuebles: los derechos del propietario y los derechos del enfiteuta sobre los fundos enfiteúticos, el derecho de habitación, las servidumbres prediales y la hipoteca; y b) otros derechos reales que pueden

versar sobre muebles e inmuebles y que sólo son inmuebles cuando versan sobre "cosas" inmuebles: los derechos de usufructo y de uso.

Podría anotarse que la ley no declara inmueble el derecho de propiedad sobre cosas inmuebles (salvo en el caso de fundos enfiteúticos); pero es que ese derecho de propiedad, confundido con las cosas sobre las cuales recae, se consideró clasificado como inmueble al enumerar los inmuebles por su naturaleza o destinación.

En relación con la hipoteca debe observarse que se la declara inmueble sin hacer salvedades cuando, en realidad, excepcionalmente, puede tener por objeto cosas muebles; pero, no puede olvidarse que en todos esos casos se trata de cosas muebles cuyo régimen jurídico se asemeja al de las cosas inmuebles. De todas maneras, consideramos que las hipotecas sobre tales cosas muebles son muebles.

En virtud de las normas de las respectivas leyes especiales, debe agregarse a la enumeración anterior de derechos reales que son inmuebles por el objeto a que se refieren, los derechos derivados de ciertas concesiones de minas y de hidrocarburos previstas en la legislación especial.

B) *Derechos de crédito*. La tradición unánimemente señala que las *obligaciones de hacer y de no hacer* no son inmuebles toda vez que su objeto es el comportamiento humano (aun cuando éste a su vez pueda referirse a inmuebles como ocurre, por ejemplo, en las obligaciones de entregar un inmueble). En puridad de rigor, el argumento como argumento *lógico* prueba demasiado: por la misma razón habría que concluir que las obligaciones de hacer y de no hacer tampoco son cosas muebles. Sin embargo, el argumento es válido como argumento *histórico* para demostrar que la intención del legislador francés y de los legisladores que como el nuestro lo siguen en esta materia, fue la de calificar siempre como muebles las obligaciones de hacer y de no hacer.

Donde realmente existe problema de clasificación es en las *obligaciones de dar que tienen por objeto inmuebles*. La interpretación tradicional francesa es que dichas obligaciones son inmuebles; pero

que en la práctica es difícil encontrar ejemplos de obligaciones de esa clase. En realidad ocurre que dichas obligaciones suelen tener su fuente en un contrato (por ejemplo, la venta de un inmueble) y los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad o la constitución o transmisión de otros derechos reales, en principio, no se limitan a hacer nacer la correspondiente obligación de dar, sino que transmiten o constituyen el derecho de modo que la obligación queda cumplida en el mismo momento en que se perfecciona el contrato (C.C., art. 1.161). Así, en principio, perfeccionada la venta de un inmueble, el comprador no es un simple acreedor sino que de inmediato se hace propietario de la cosa: la obligación de dar del vendedor nació y se extinguió al perfeccionarse el contrato. En consecuencia, para encontrar obligaciones (no extinguidas) de dar que tengan por objeto inmuebles, es necesario buscar aquellos casos en que por excepción los contratos mencionados no transmiten ni constituyen el derecho real al cual se refieren en el mismo momento en que se perfeccionan. Tal sería el caso, por ejemplo, si una urbanizadora vendiera parcelas de características determinadas, con la cláusula de que la determinación de la parcela que corresponderá a cada comprador dependerá de un sorteo. Entonces, mientras las parcelas genéricamente determinadas no sean individualizadas por obra del sorteo, los compradores no se hacen propietarios sino que sólo tienen frente a su vendedora un derecho de crédito cuya prestación es de dar un inmueble. Esa obligación sería pues inmueble por el objeto al cual se refiere.

C) *Créditos hipotecarios*. La calificación del crédito garantizado por una hipoteca como mueble no debería ofrecer mayores dudas. Obsérvese, en efecto, que el crédito en sí mismo en la inmensa mayoría de los casos no puede ser calificado como inmueble en atención al objeto a que se refiere, ya que ese objeto suele ser una cosa mueble; aun más en un gran número de casos el crédito garantizado con hipoteca es un crédito dinerario —una obligación de pagar una suma de dinero—, y el dinero evidentemente es un bien mueble. Sin embargo, el problema debe tratarse *in extenso* en razón de una sorprendente decisión judicial dictada a mediados del siglo pasado.

a) Es el caso que en la referida decisión, la Corte afirmó que el crédito garantizado con hipoteca era un derecho real inmobiliario (sent. de 6-VIII-1957, Gaceta Forense N° 17, p. 197 y ss.).

El argumento de la Corte para sostener que era inmueble el propio crédito y no sólo su derecho de garantía —la hipoteca— fue que el crédito hipotecario puede ser a su vez hipotecado (C.C., art. 1.882) y que la hipoteca sólo puede constituirse sobre inmuebles (C.C., art. 1.881). Pero el argumento no parece convincente. La posibilidad de hipotecar créditos hipotecarios está consagrada en un artículo (C.C., art. 1.882), colocado a continuación del que consagra la regla de que la hipoteca sólo puede constituirse sobre inmuebles (C.C., art. 1.881), de modo que en vez de deducir de allí que el crédito garantizado con la hipoteca es inmueble puede deducirse que la posibilidad de hipotecar el crédito hipotecario es una excepción a la regla de que sólo los inmuebles son susceptibles de hipoteca. Vana sería la réplica de que así se crearía una excepción insólita: las naves y los accesorios de navegación así como las aeronaves son bienes muebles y pueden ser hipotecados y muchas otras excepciones están consagradas en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión.

En cambio, la tesis que entonces acogió la Corte es objetable desde los siguientes puntos de vista:

1) Se aparta innecesariamente del criterio básico de clasificación puesto que declara inmueble al crédito hipotecario en razón de la naturaleza de su garantía y no en razón de la naturaleza de su objeto: un crédito hipotecario viene a ser inmueble porque su garantía es un derecho inmueble (la hipoteca), a pesar de que tenga por objeto una cosa mueble (por ej.: una suma de dinero); 2) Conduce al resultado de que el derecho principal (el crédito) siga la suerte del accesorio (la hipoteca), con lo cual se invierte la regla de que lo accesorio sigue a lo principal; 3) Contradice la tesis de que las obligaciones, salvo las obligaciones de dar inmuebles, son siempre muebles; y 4) Obliga a admitir que un crédito de dinero, originalmente quirografario, deja de ser mueble para convertirse en inmueble si después es garantizado con hipoteca, a pesar de que el crédito en sí mismo no ha sufrido alteración alguna.

Sin embargo, debe destacarse que la Corte de Casación con la tesis que criticamos, buscaba justificar una conclusión loable: que la cesión del crédito hipotecario debía hacerse por documento registrado.

b) Todo lo expuesto explica que con posterioridad a la comentada sentencia, la Corte Superior Tercera de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda en razonado fallo sostuvo que el crédito garantizado con hipoteca era un bien mueble[4], y que con posterioridad la Corte Suprema de Justicia ha seguido manteniendo que la cesión del crédito hipotecario debe hacerse por documento registrado; pero en base a argumentos que nada tienen que ver con la cuestión de si dicho crédito es mueble o inmueble[5].

D) También se ha discutido si son inmuebles o muebles, *los derechos sobre las cosas incorporales*. El interés práctico de la cuestión estriba en que sólo si se los considera inmuebles la perturbación de su posesión podría ser combatida mediante el interdicto de amparo. En el campo de los derechos de autor la ley vigente les confiere en todo caso acciones tan enérgicas para su protección que puede decirse que ese interés práctico no existe; pero no ocurre lo mismo con la propiedad industrial. Sin embargo, y a pesar de ciertas analogías entre el régimen jurídico de dichos derechos y el régimen inmobiliario adherimos a la tesis de que los derechos sobre esas cosas incorporales son muebles.

3° *Acciones inmuebles por el objeto a que se refieren*

A) *Acciones reales sobre inmuebles*. Evidentemente toda acción relativa a derechos reales sobre una cosa inmueble es inmueble. Estas acciones se dividen en acciones petitorias —las fundadas en la titularidad del derecho— y acciones posesorias —las fundadas en la posesión—. Ulteriormente se tratará de esta clasificación y de la problemática de las acciones posesorias.

En consecuencia, pues, sin duda alguna, son acciones inmobiliarias, entre otras, la acción reivindicatoria de un inmueble, la acción confesoria del derecho de usufructo sobre un inmueble, del derecho de habitación o de una servidumbre; las correlativas acciones negatorias, etc.

---

4. Sent. de 4-II-74 (R. & G., vol. XLII, pp. 176 y ss.).
5. Sent. en Sala de Cas. Civ. de 9-VII-79 (R. & G., vol LXVI, pp. 433-6).

B) *Otras acciones inmobiliarias*. La doctrina francesa destaca que las acciones reales sobre inmuebles no constituyen bienes o derechos separados del derecho real que se invoca sino que la acción es el derecho mismo deducido en juicio. Por tanto, habría sido inútil clasificar las acciones en muebles e inmuebles si luego simplemente se fuera a indicar que son inmuebles las que hacen valer derechos inmuebles y muebles las hacen valer derechos muebles.

El interés de la clasificación, según los comentaristas franceses, estriba en ubicar dentro de las acciones inmuebles aquellas acciones *que se dirigen a hacer ineficaz un acto jurídico por el cual se transmitió la propiedad u otro derecho real sobre una cosa inmueble o se constituyó un derecho real sobre una cosa inmueble*. Así, entre otras, quedarían comprendidas: las acciones de nulidad y de resolución de la venta, permuta u otro contrato traslativo de la propiedad de un inmueble; las acciones de nulidad y de resolución de los contratos por los cuales se constituye una enfiteusis, usufructo, derecho de uso, derecho de habitación, servidumbre o hipoteca sobre un inmueble o se transmite a otra persona un derecho real en cosa ajena constituido sobre un inmueble por venta, permuta, donación, etc.; las acciones de nulidad o de reducción del legado de la propiedad u otro derecho real sobre inmueble; la acción de revocación de la donación de la propiedad u otro derecho real sobre inmueble; etc.

Todas esas acciones tienen la característica común de que, si bien se dirigen contra un acto jurídico, tienen el efecto de privar de eficacia la transmisión de la propiedad u otro derecho real o la constitución de un derecho real sobre inmuebles. En razón de este efecto, el legislador las calificó de inmuebles porque, si bien no constituyen una *reivindicación* ni la *reclamación* de un derecho real sobre inmuebles, *tienden* a lograr el mismo efecto. Si se pide la anulación del contrato por el cual se vendió una casa alegando incapacidad del vendedor no se está reivindicando la casa; pero anulada la venta, la propiedad de la casa vuelve al demandante. Tal sería el alcance de la fórmula del Código ("acciones que tiendan a reivindicar inmuebles o derechos que se refieren a los mismos"), que no sería sino la traducción deficiente del adagio: *Actio quae tendit ad inmobile, inmobilis est.*

CAPÍTULO VI

BIENES INMUEBLES Y MUEBLES EN EL DERECHO VENEZOLANO (SEGUNDA PARTE)

ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS MUEBLES. BIENES MUEBLES POR SU NATURALEZA. BIENES MUEBLES POR ANTICIPACIÓN. BIENES MUEBLES POR EL OBJETO A QUE SE REFIEREN O POR DETERMINARLO ASÍ LA LEY. NORMAS INTERPRETATIVAS

ENUMERACIÓN LEGAL DE LOS MUEBLES

Establece el Código Civil que "Los bienes son muebles por su naturaleza, por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley" (art. 531).

Parecería pues que la enumeración legal obligara a distinguir como si fueran tres categorías distintas, los muebles por su naturaleza, los muebles por el objeto a que se refieren y los muebles por determinarlo así la Ley. Sin embargo, las dos últimas categorías pueden considerarse como una sola puesto que el Código siempre trata de las mismas conjuntamente. En consecuencia la clasificación *legal* queda reducida a dos términos: muebles por su naturaleza, llamados también *muebles corporales* y muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley, denominados también *muebles incorporales*.

En cambio, a esas dos categorías hay que añadir una tercera, los *muebles por anticipación*, aun cuando éstos no figuren en la enumeración legal.

I. BIENES MUEBLES POR SU NATURALEZA

1° Concepto

Conforme al texto de la ley "*Son muebles por su naturaleza los bienes que pueden cambiar de lugar, bien por sí mismos o movidos por una fuerza exterior*" (C.C., art. 532).

Las observaciones hechas en la tesis anterior conducen a proponer la fórmula de que son bienes muebles por su naturaleza las cosas corporales que por su manera de ser tienen una utilidad que depende de su posible desplazamiento, siempre que no sean inmuebles por incorporación ni por destinación.

A) En cuanto a la primera parte de la fórmula indicada cabe señalar que ciertas cosas muebles por su naturaleza prestan su utilidad principalmente cuando se desplazan (por ej.: los vehículos), mientras que la utilidad total de otros depende de su posibilidad de desplazamiento (p. ej., una silla), aunque presten parte de su utilidad —incluso parte apreciable de su utilidad— sin desplazarse. Poco importa, por lo demás, que las cosas se desplacen por sí mismas (semovientes) o movidas por una fuerza exterior.

B) En cuanto a la segunda parte de la fórmula utilizada para definir los muebles por su naturaleza, baste recordar que su incorporación al suelo o su destinación al servicio de un inmueble —en las condiciones de ley— dan al bien carácter de inmueble, aunque conserven las características que de acuerdo con el criterio físico son propias de los bienes muebles. A este propósito conviene reiterar que no basta la simple intención de incorporar o destinar sino que es necesario que exista y subsista el hecho real de la incorporación o destinación al inmueble para que la cosa adquiera y conserve su carácter inmobiliario. Corroboración de lo expuesto, si bien sólo para un caso particular, es la norma de que "Los materiales provenientes de la demolición de un edificio y los reunidos para construir uno nuevo, son muebles mientras no se hubieren empleado en la construcción" (C.C., art. 534).

C) Se discute, sin embargo, si las partes separadas temporalmente de un edificio para fines de reparación (puertas, ventanas, etc.), son muebles

o inmuebles mientras permanecen separadas. Colin y Capitant afirman que la utilidad de la norma transcrita es precisamente la de aclarar que esas cosas separadas en forma temporal conservan su carácter inmobiliario. El argumento sería que si los materiales provenientes de la demolición de edificios son expresamente declarados muebles, "a contrario *sensu*", esos otros materiales, que no provienen de demolición alguna, siguen siendo inmuebles. Planiol y Ripert destacan que ese es el parecer dominante, aunque manifiestan sus reservas. Creemos, sin embargo, que mientras estén separadas, las cosas en cuestión son muebles con la advertencia de que si se trata de un edificio hipotecado tales bienes en virtud de disposición legal expresa siguen formando parte del asiento de la hipoteca a menos que sean enajenados a título oneroso, sin fraude de parte del adquirente (C.C., art. 1.899, ap. 2).

2° *Muebles matriculados*

Entre los muebles por su naturaleza forman una categoría especial aquéllos que, como las naves, aeronaves y vehículos de motor, están sujetos a una matrícula administrativa. Ello supone que dichos bienes sean susceptibles de identificación o individualización, aunque no todos los bienes identificables están sometidos al régimen de matriculación. Por lo demás, los bienes sujetos a matrícula o registro administrativo pueden ser sometidos al régimen jurídico tradicionalmente reservado a los inmuebles, aunque a veces la ley no les aplica dicho régimen (como en el caso de los automóviles), o sólo lo hace en forma parcial (como en el caso de las naves).

El sentido de la evolución jurídica parece ser la extensión del sistema de registros a todos los muebles identificables y la aplicación del régimen tradicionalmente calificado de inmobiliario a todos los bienes sujetos a registro sean muebles o inmuebles.

3° *Las energías naturales*

Cuando las energías naturales se presentan de modo que reúnen las cualidades necesarias para considerarlas como cosas en sentido jurídico, se las clasifica entre los bienes muebles por su naturaleza sin vacilación

de ninguna especie a pesar de que sea difícil encuadrarlas dentro de las definiciones usuales de dichos bienes.

II. BIENES MUEBLES POR ANTICIPACIÓN

1° *Antecedentes históricos*

En el antiguo Derecho Francés, concretamente en los *países de derecho consuetudinario*, bienes muebles por anticipación eran ciertos bienes incorporados al suelo y por lo tanto inmuebles que sin embargo en algunos aspectos eran tratados como bienes muebles debido a que estaban destinados a ser separados del suelo en un futuro próximo con lo cual quedarían convertidos en muebles.

Su peculiaridad estribaba pues en que antes de su desincorporación, pero en razón de la proximidad de ella, ya eran tratados como muebles; de allí su denominación de muebles *por anticipación*.

Varias *costumbres* reputaban como muebles a las cosechas llegadas a cierto grado de maduración; otras consideraban muebles incluso la parte no separada ni recogida de la cosecha cuando ésta había comenzado, y soluciones análogas se daban en materia de talas, maderas, etc.

El Código Napoleónico no recogió las soluciones apuntadas, las cuales también parecen incompatibles con nuestro Código Civil que declara inmuebles a los árboles mientras no hayan sido derribados y a los frutos de la tierra y de los árboles, mientras no hayan sido cosechados o separados del suelo (C.C., art. 527). La doctrina francesa moderna sostiene en cambio que la categoría de muebles por anticipación subsiste todavía en virtud de leyes especiales, unas anteriores, otras posteriores al Código Napoleónico; y enumera entre tales muebles: las siegas y cosechas, las talas de sotos, etc. Pero *además* califica de muebles por anticipación, a pesar de que no existe ningún texto legal que lo prevea, cosas como los minerales contenidos en el suelo y los materiales que han de provenir de la demolición de un edificio cuando los mismos son

objeto de una venta con el argumento de que entonces se los considera no en su estado actual sino en su estado futuro.

2° *Derecho venezolano*

Entre nosotros la cuestión se plantea en términos más generales y en ausencia de texto legal que sirva de fundamento. En efecto, la doctrina considera muebles por anticipación a todos los bienes inmuebles por incorporación que sean objeto de un contrato en orden a cuyo cumplimiento ha de procederse a la desincorporación. Pero no creemos que pueda sostenerse sin restricciones que la celebración del contrato (por ej.: la venta de una cosecha en pie), antes de la efectiva desincorporación del bien, baste para convertirlos en muebles. Por lo contrario, creemos necesario distinguir pues *si entre las partes contratantes* el bien debe considerarse mueble aún antes de la desincorporación, parece imposible sostener que el simple contrato haga perder el carácter inmobiliario de la cosa incorporada *frente a terceros* (en especial frente al nuevo adquirente del inmueble al cual el bien está incorporado, frente a quien adquiera un derecho real de goce en dicho inmueble y frente al acreedor hipotecario).

III. BIENES MUEBLES POR EL OBJETO A QUE SE REFIEREN O POR DETERMINARLO ASÍ LA LEY

1° *Terminología*

El Código Napoleónico denominó muebles "por determinarlo así la ley" a todos los bienes muebles que no lo son por su naturaleza. La doctrina francesa destacó, en cambio, que la mayoría de tales bienes eran muebles "por el objeto a que se refieren". Nuestro legislador optó por yuxtaponer ambas expresiones y denominarlos "muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la ley".

2° *Enumeración*

El Código Civil menciona dentro de las categorías de que tratamos a:

"Los derechos, las obligaciones y las acciones que tienen por objeto cosas muebles;

> Las acciones o cuotas de participación en las sociedades civiles y de comercio aunque estas sociedades sean propietarias de bienes inmuebles, caso éste último en que dichas acciones o cuotas se reputarán muebles hasta que termine la liquidación de la sociedad; y,
>
> Las rentas vitalicias o perpetuas a cargo del Estado o de los particulares, salvo, en cuanto a las rentas del Estado las disposiciones legales sobre Deuda Pública" (C.C., art. 533).

Pero tal enumeración no es completa. En la consideración de que todos los derechos y acciones patrimoniales son muebles o inmuebles, la tradición ha impuesto el criterio de que todos esos derechos o acciones que no son inmuebles son muebles, aun cuando a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Español no exista norma expresa en ese sentido. Examinemos inspirados en esa idea los principales muebles "incorporales".

A) *Derechos reales mobiliarios*. La propiedad y los derechos de usufructo y de uso sobre muebles son evidentemente muebles así como la prenda. Además, las hipotecas que excepcionalmente graven bienes muebles, en nuestro criterio, son también derechos mobiliarios.

B) *Derechos llamados "propiedades incorporales"*. Como se indicó en el capítulo anterior, los derechos de propiedad industrial así como los derechos de autor y los derechos afines al derecho de autor son derechos mobiliarios. El mismo carácter señalan a la propiedad del fondo de comercio quienes consideran que éste es una universalidad objeto de un derecho distinto de los derechos que existan sobre los elementos que lo integran.

C) *Derechos de crédito*. Son muebles todas las obligaciones o derechos de crédito sin más salvedades que las indicadas al enumerar los derechos inmuebles por el objeto al cual se refieren (v. Cap. V).

D) *Rentas*

a) Las rentas son prestaciones periódicas —de ordinario anuales— en dinero o en especie que responden a la idea de un "producto" por oposición a un "capital". Así la palabra "renta" no se emplea para

designar los créditos que facultan al acreedor para exigir del deudor un capital (con o sin prestaciones periódicas adicionales), como sería el caso del crédito del prestamista (exista o no exista la obligación de pagar intereses). El acreedor de la renta se denomina *credi-rentista* y el deudor *debi-rentista*.

b) Entre las rentas merecen especial mención, las rentas *vitalicias* y las rentas *perpetuas*. Éstas son las debidas indefinidamente mientras que las primeras se deben por la duración de la vida de una o más personas.

Las rentas pueden ser constituidas a *título gratuito* (por donación o legado) o a *título oneroso* (por ej.: si se vende una casa por un precio consistente en una renta vitalicia). Entre las rentas constituidas a título oneroso se distinguen las rentas "constituidas" —cuando el debi-rentista se obligó en razón de haber recibido un capital en dinero— y las rentas "fundiarias" —cuando el debi-rentista se obligó a cambio de recibir un inmueble—. Nada impide que el debi-rentista se obligue a cambio de recibir bienes muebles; pero entonces la renta no tiene nombre especial.

c) Las rentas *perpetuas* tuvieron gran importancia en los tiempos del antiguo Derecho Francés. De ordinario, eran rentas "constituidas" o "fundiarias".

En el primer caso, una persona se obligaba a pagar la renta como contraprestación a la entrega de un capital en dinero ("contrato de constitución de rentas"). Éste era el medio práctico de burlar la prohibición del préstamo a interés.

En el segundo caso, la persona que adquiría un inmueble se obligaba a pagar una renta a título de precio, caso en el cual se hablaba de "arrendamiento o renta" (censo), aun cuando en realidad se trataba de una venta. Esta operación era la forma económicamente provechosa de enajenar inmuebles en la época en que éstos eran prácticamente los bienes productivos mientras que el dinero todavía no lo era.

d) En el antiguo Derecho Francés, la renta fundiaria era considerada universalmente como inmobiliaria por estimarse que era un derecho real que el enajenante se reservaba sobre el inmueble.

Aun cuando había discrepancias, generalmente se consideraban inmobiliarias también las rentas constituidas. Evidentemente, el criterio utilizado en este caso era ajeno a la naturaleza de las cosas (el capital en dinero y el objeto de la renta). La verdadera razón era económica: Las rentas constituidas eran tan valiosas como las heredades y se quiso extender a ellas el régimen de favor creado para los inmuebles.

e) En Europa, la renta perpetua conserva o conservaba su importancia en un caso de renta constituida: la Deuda Pública Consolidada, o sea, en el caso de aquellos empréstitos al Estado en los cuales éste no se obliga a restituir el capital sino a pagar perpetuamente una renta.

f) De acuerdo con nuestro Código *Civil todas las rentas son bienes muebles.* En realidad no se trata sino de una aplicación de la concepción de que las rentas son créditos y no derechos reales. Se prevé la salvedad de que las rentas del Estado puedan ser declaradas inmuebles por leyes sobre Deuda Pública, norma innecesaria que sólo se explica en consideración a un antecedente francés.

E) *Acciones judiciales mobiliarias.* De acuerdo con los principios arriba enunciados baste señalar que son mobiliarias todas las acciones patrimoniales que no son inmuebles por el objeto a que se refieren (v. Capítulo anterior).

F) *Acciones o cuotas de sociedades civiles o comerciales.* Los derechos de participación de los socios se llaman acciones o cuotas según que la sociedad sea de capitales o no lo sea.

Podría parecer que, de acuerdo con el sistema general de Código, si el activo de la sociedad es inmobiliario, las acciones o cuotas deberían considerarse inmuebles, y muebles, caso contrario. Pero expresamente se las declara muebles en toda hipótesis hasta que termine la liquidación de la sociedad.

Las explicaciones de la regla indicada varían según se admita que las sociedades son personas jurídicas o no; pero dado que en nuestro Derecho se reconoce expresamente la personalidad jurídica de las sociedades podemos limitarnos a señalar lo siguiente:

a) Como los bienes del activo social no están en comunidad entre los socios sino que son propiedad exclusiva de la sociedad, la naturaleza de dichos bienes sólo puede tomarse en cuenta para calificar de muebles o inmuebles los derechos de la sociedad; pero no las acciones o cuotas de los socios. En efecto, sería falso calificar éstos de muebles o inmuebles, a título de muebles o inmuebles por el objeto a que se refieren, si se considera como tal objeto los bienes sociales por la sencilla razón de que éstos no son el objeto del derecho del socio.

b) Se suele señalar que el derecho del socio es sólo un derecho de crédito frente a la sociedad que tiene por objeto la participación en sus eventuales utilidades y que como tal derecho de crédito debe ser calificado como mueble. En realidad, el argumento se presta a observaciones. Por una parte, el derecho de participación del socio es mucho más amplio. Con una terminología criticable se han distinguido los derechos patrimoniales del socio (participación en los resultados patrimoniales de la sociedad) y sus derechos de consecución: administrativos (intervención directa o indirecta en la decisión o realización de actividades de la administración social tales como pueden ser la designación de administradores, la participación en asambleas, etc.) y de vigilancia (facultades de informarse y de denunciar actividades, tales como las conexas con la consideración de las gestiones de los administradores). Pero, en todo caso, la observación no afecta a la conclusión. Por otra parte, puede argüirse que el socio tiene también un derecho a tomar su porción en los bienes sociales y que si éstos son inmuebles, ese derecho también debería serlo. Pero, cabe replicar que ese derecho no es sino un simple crédito mientras la sociedad no haya sido liquidada.

c) Existen también los argumentos prácticos de que, por lo general, el fondo social está destinado a ser convertido en una suma de dinero y, de que, siendo cambiante y variable la composición del activo social durante la vida del ente, no puede atenderse a la misma para calificar en cada momento de mueble o inmueble la acción o cuota del socio.

Ahora bien, una vez liquidada la sociedad, ésta deja de ser persona jurídica y los bienes que le pertenecían pasan de estar en comunidad entre los socios.

En consecuencia, a partir de ese momento, los socios tienen derechos sobre tales bienes y habrá de atenderse a la naturaleza mueble o inmueble de los mismos para calificar los derechos de los socios. De allí que la regla de que las acciones y cuotas sociales son muebles independientemente de la naturaleza de los bienes pertenecientes a la sociedad se establece *hasta que termine la liquidación de ésta.*

NORMAS INTERPRETATIVAS

El legislador ha colocado después de las normas enumerativas de los bienes muebles, dos disposiciones interpretativas:

> "1° La palabra *mueblaje*, comprende los muebles destinados al uso y adorno de las habitaciones, como tapices, camas, sillas, espejos, relojes, porcelana y demás objetos semejantes.
>
> Comprende también los cuadros y las estatuas que forman parte de los muebles de una habitación, pero no las colecciones de cuadros, estatuas, porcelanas, ni las que ocupan galerías o cuartos particulares" (C.C., art. 535).
>
> "2° La expresión *casa amueblada*, comprende sólo el mueblaje; la expresión casa con todo lo que en ella se encuentra, comprende todos los objetos muebles, exceptuándose el dinero o los valores que lo representen, los créditos u otros derechos, cuyos documentos se encuentren en la misma" (C.C., art. 536).

Dichas normas son aplicables tanto para interpretar la intención del legislador como la voluntad de los particulares cuando emplean dichas expresiones en disposiciones legales o en actos jurídicos (por ej.: testamentos, contratos, etc.), respectivamente; pero el propio Código Civil aclara que los artículos citados no tendrán aplicación cuando las expresiones a que se refieren resulten con un sentido diferente en la intención de quien las empleare (C.C., art. 537).

Es usual criticar la inclusión en el Código de las normas de referencias por considerar que son inútiles toda vez que no excusan del examen de la intención de quien emplee las expresiones a que se contraen. Si ésta fuera la única razón, habría que considerar inútil toda norma legal interpretativa.

CAPÍTULO VII

BIENES INMUEBLES Y MUEBLES EN EL DERECHO CIVIL VENEZOLANO (TERCERA PARTE)

IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN MUEBLES E INMUEBLES. INTRODUCCIÓN. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN JURÍDICO MOBILIARIO E INMOBILIARIO

IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES EN MUEBLES E INMUEBLES

I. INTRODUCCIÓN

La importancia actual de la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles es inmensa, pues el régimen jurídico de unos y otros es muy diferente. Es tradicional señalar que mientras algunas de esas diferencias se explican por la diversidad de la naturaleza física de ambos tipos de bienes, otras se fundan en consideraciones económicas basadas en la idea de que los bienes inmuebles son los más valiosos. Sin embargo, abandonaremos esa clasificación tradicional de las diferencias porque: 1°) Nuestro Derecho no consagra sino pocas diferencias inspiradas en las consideraciones de valor y 2°) muchas de las diferencias que se señalan como derivadas de la naturaleza física de muebles e inmuebles, no dependen de que los bienes tengan movilidad o carezcan de ella sino de otros caracteres. Esta observación explica que progresivamente las diferencias de régimen jurídico aplicables a las cosas, se independicen de

su clasificación como muebles o inmuebles para establecerse en función de otras características.

II. PRINCIPALES DIFERENCIAS ENTRE EL RÉGIMEN JURÍDICO MOBILIARIO E INMOBILIARIO

1° Limitaciones legales de la propiedad.

La fijeza de los inmuebles facilita establecer eficaces limitaciones a la propiedad de los mismos a la vez que la movilidad de los muebles lo dificulta. Por ello, mientras son numerosas, tradicionales y eficaces las limitaciones legales de la propiedad inmobiliaria, ocurre lo contrario respecto de la propiedad mobiliaria.

2° Régimen de publicidad

La más importante de todas las diferencias entre muebles e inmuebles es, sin duda, que en materia de inmuebles existe un sistema de registro que, mediante la transcripción o inscripción de los respectivos documentos o instrumentos, permite dejar constancia y dar a conocer los actos que modifican la situación jurídica del bien (régimen de publicidad instrumental), mientras que tal sistema no existe en materia mobiliaria sino excepcionalmente para algunas clases de muebles.

Tradicionalmente se afirma que la diferencia se debe al hecho de que la fijeza y posibilidad de identificar individualmente los inmuebles permitió crear para ellos un registro, mientras que la movilidad e imposibilidad de individualizar los muebles lo impidió en materia mobiliaria, salvo en contados casos. La explicación es exacta por lo que respecta a los inmuebles; pero no en cuanto concierne a los muebles. Muchos son los bienes muebles que carecen de registro a pesar de que pueden ser vinculados a un lugar y sobre todo identificados individualmente.

La verdadera explicación es de otra índole. Durante mucho tiempo las cosas muebles eran realmente cosas viles cuyo valor, por tanto, no justificaba la creación de un registro para ellas y la tradición ha tendido

a perpetuar esa situación a pesar de los cambios económicos ocurridos. Así se explica también que la presión de los hechos haya llevado a los legisladores a crear un número creciente de registros para ciertas categorías de muebles que en el mundo actual tienen especial importancia económica.

La consideración de que las diferencias fundamentales entre muebles e inmuebles derivan de la diferencia del respectivo sistema de publicidad unida a la observación de que la posibilidad e interés de crear registros para los bienes no depende de su calificación de muebles o inmuebles sino de la posibilidad de individualizarlos y de su importancia económica, justifican el parecer de quienes consideran que la clasificación de los bienes muebles e inmuebles ha de perder trascendencia ante la clasificación de los bienes en bienes sometidos a registro y bienes no sometidos a registro.

Pero, cualquiera que llegue a ser el futuro y a pesar de las excepciones ya existentes, lo cierto es que en la actualidad existe para todos los inmuebles un registro inmobiliario que representa un sistema de publicidad instrumental de los actos que modifican la situación jurídica de esos bienes, mientras que sólo existen registros mobiliarios a título de excepción para algunos bienes muebles.

En consecuencia, los terceros pueden recurrir al registro inmobiliario para informarse de la transmisión de la propiedad de los inmuebles así como de la constitución y transferencia de derechos reales sobre ellos. Entre nosotros y sin entrar en detalles los respectivos documentos deben ser transcritos en la Oficina Subalterna de Registro correspondiente al lugar de la situación del inmueble de modo que —al menos en teoría— bastará al tercero examinar los respectivos protocolos para obtener la información que desea.

En cambio, como regla general, el único signo visible que permite conocer a los terceros la transferencia de la propiedad de los muebles o la constitución o transmisión de derechos reales sobre ellos, es el desplazamiento de la posesión. La publicidad, por tanto, proviene en este caso de la posesión y no del registro de documentos o instrumentos.

La señalada diferencia es, a su vez, el fundamento de toda una serie de diferencias entre el régimen mobiliario e inmobiliario.

3° Oponibilidad frente a terceros de la transmisión de la propiedad y de la constitución y transmisión de otros derechos reales.

La diferencia del régimen de publicidad se traduce en materia de la oponibilidad frente a terceros de la transmisión de la propiedad y de la constitución y transmisión de otros derechos reales.

A) Debe destacarse que *entre las partes impera el principio de la consensualidad tanto en materia de muebles como de inmuebles.* En uno u otro caso, el principio es que la transmisión de la propiedad y la constitución y transmisión de otros derechos reales opera por el consentimiento de las partes, aunque el contrato no se haya registrado ni la cosa haya sido entregada. Así, si dos personas consienten en una venta, en principio, la cosa vendida, sea mueble o inmueble, pasa a pertenecer inmediatamente al comprador sin que entre las partes (vendedor y comprador) haga falta ni la redacción y registro de una escritura ni la entrega de la cosa para que esa transmisión de la propiedad llegue a verificarse.

B) Pero el principio de la *consensualidad no se extiende a los terceros.* En realidad, sería muy grave que surtieran plenos efectos frente a ellos, la transmisión de la propiedad o la constitución o transmisión de otros derechos reales sin haber podido tener conocimiento de los mismos. De ser así quedaría destruida la seguridad del tráfico. Para evitarlo, existe el principio de que sólo son oponibles a los terceros o a ciertos terceros las transferencias de propiedad o las constituciones o transmisiones de otros derechos reales que hayan tenido la publicidad correspondiente a la naturaleza del bien: la transcripción en el registro del respectivo documento si se trata de inmuebles o el desplazamiento de la posesión si se trata de muebles.

Todo lo expuesto se concreta en dos normas fundamentales:

a) La transmisión de la propiedad y la constitución o transferencia de derechos reales sobre inmuebles si no han sido previamente registra-

dos, no surten efecto contra los terceros que por cualquier título hayan adquirido o conservado legalmente derechos sobre el inmueble (C.C., art. 124, encab.). Así, por ejemplo, si A vende un inmueble a B por documento que no se llega a registrar y luego se lo vende nuevamente a C por documento registrado, B no puede oponer a C la venta dicha. En efecto, aunque entre A y B la propiedad se transmitió a B, este hecho no es oponible a C. A tendrá que responder frente a B; pero es C quien triunfa si B quiere reivindicar el inmueble. De igual manera, si A hipoteca su casa a B por documento autenticado, pero no registrado, y luego se la vende a C por documento registrado, C adquiere la casa libre de gravamen porque B no puede oponerle el derecho de hipoteca constituido a su favor sin haber llenado los extremos de la publicidad instrumental.

b) En cambio, respecto de los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador —de los cuales se hablará más adelante— la posesión produce, en favor de los terceros de buena fe, el mismo efecto que el título, salvo las excepciones que se estudiarán en otro Capítulo (C.C., art. 794, encab.). Así, si A vende un caballo a B, pero no se lo entrega, y luego se lo vende y entrega a C, siempre que éste sea de buena fe, B no puede oponer a C el hecho de haber adquirido el caballo con anterioridad. En favor de C, la posesión del caballo surte el mismo efecto que el título de adquisición.

4° Eficacia de la protección de la propiedad y otros derechos reales.

A) En principio, el titular de un derecho real tiene el llamado derecho de la persecución en virtud del cual puede ejercer su derecho sobre la cosa en manos de quien la tenga. En el caso particular del propietario ese derecho se manifiesta de manera especial en el derecho de reivindicar, o sea, de exigir judicialmente a título de propietario la restitución de la cosa de cualquiera que la posea o detente sin derecho para ello.

Ese derecho de persecución es realmente eficaz en materia de inmuebles; pero cuando se trata de muebles tropieza con la aplicación de la norma contenida en el encabezamiento del artículo 794 del Código Civil. En efecto, salvo en los casos de excepción a dicha norma, el demandado que tiene la cosa mueble en su poder puede invocar la regla de que la

posesión surte el mismo efecto que el título en favor de los terceros de buena fe. Su posición será muy fuerte porque además, mientras el demandante no pruebe lo contrario, el demandado debe ser considerado como tercero y se aprovecha de dos presunciones: de que el hecho de tener la cosa en su poder hace presumir que es poseedor y de que la buena fe de la posesión se presume. El reivindicante para triunfar tendrá pues que demostrar que el demandado no es un tercero poseedor (sino, por ej.: la contraparte de un contrato celebrado entre ambos) o que no es de buena fe o que se trata de un caso de excepción a la norma (por ej.: de que se trata de una cosa sustraída o hurtada). Tales pruebas frecuentemente son imposibles y, en consecuencia, el propietario desposeído queda en la práctica privado de protección. Cosa semejante ocurre con los titulares de otros derechos reales sobre muebles cuando no tienen la cosa en su poder.

B) En cambio, si bien es más enérgica la protección civil de la propiedad inmobiliaria, la protección penal es más enérgica cuando se trata de propiedad mobiliaria. El hurto y el robo, en efecto, sólo pueden darse respecto de cosas muebles.

5° Garantías reales

La garantía real implica para el acreedor el derecho de cobrar preferentemente a los demás acreedores del precio de la cosa dada en garantía. Produce pues efectos contra terceros. Por ello, su constitución debe cumplir los requisitos de publicidad correspondientes.

En materia de inmuebles, basta pues con transcribir un documento en el registro; en materia de muebles, es necesario en cambio un desplazamiento de la posesión que advierta a los terceros del hecho.

Así, en materia de inmuebles la garantía puede constituirse por *simple afectación*, o sea, mediante el registro de un documento en virtud del cual el bien queda especialmente afectado al pago de una deuda determinada. La garantía que se constituye así recibe el nombre de hipoteca.

En cambio, en materia de muebles, por lo general, la constitución de la garantía implica que el constituyente *se desprenda de la posesión de la cosa* —que entregará al acreedor o a un tercero—. Esa garantía constituida mediante desposesión o desapoderamiento se llama prenda.

En síntesis, los bienes inmuebles son objeto de hipoteca que es una garantía por simple afectación y, en principio, los muebles son objeto de prenda que es una garantía por desposesión.

La diferencia es trascendental desde el punto de vista económico. La hipoteca no priva al constituyente de la utilización de la cosa, ni de su disfrute ni de otras ventajas correspondientes a su derecho, mientras que la prenda, al suponer pérdida de la posesión, priva al propietario de tales ventajas e incluso convierte la cosa en improductiva ya que el acreedor prendario o el tercero a quien se la confía tampoco pueden utilizarla.

Es de advertir sin embargo, que la diferencia señalada tiende a atenuarse: normas especiales han creado la posibilidad de hipotecar bienes muebles mediante inscripción en registros especiales y han permitido constituir prendas mobiliarias sin pérdida de la posesión de la cosa, mediante la utilización de otros sistemas de publicidad.

6° Medidas preventivas

En muchos casos, el recurso de acudir a los Tribunales de Justicia sería ilusorio si no pudieran tomarse medidas para evitar que el ocultamiento, enajenación o gravamen de bienes realizados mientras se desarrolla el juicio haga nugatoria en la práctica la sentencia que se llegue a dictar. Esas medidas tendientes a asegurar las resultas del juicio, llamadas medidas preventivas o cautelares, varían según la naturaleza del bien. Aunque el secuestro puede aplicarse indistintamente a muebles o inmuebles, *el embargo preventivo está reservado a los muebles y la prohibición de enajenar y gravar a los inmuebles*. La razón es sencilla.

Para evitar el ocultamiento, enajenación o gravamen de los muebles en perjuicio de la contraparte es necesario tomar posesión de ellos. Sin esa toma de posesión, sería posible ocultarlos y su enajenación o gravamen sería oponible a la persona en cuyo favor se dicta la medida. Ahora

bien, el embargo preventivo implica precisamente poner el bien mueble en manos de un depositario, de modo que la parte no pueda ocultarlo ni entregárselo a otra persona.

En cambio, los inmuebles no se pueden ocultar y para evitar que su enajenación o gravamen perjudique a terceros sólo se necesita impedir que la operación se registre. Para ello basta la prohibición judicial de enajenar y gravar el inmueble que se comunicará al Registrador competente a fin de que se abstenga de protocolizar cualquier enajenación o gravamen con la particularidad de que una u otra se considerarán "radicalmente nulas y sin efecto" cuando hayan sido registradas después de comunicada la prohibición al Registrador (C.P.C., art. 600, ap. único).

Como se observa, la cuestión de las medidas preventivas sobre muebles e inmuebles se plantea en términos análogos a los de las garantías reales sobre unos y otros.

7° Autonomía de la protección posesoria

Como se sabe, la ley en principio protege en cierta medida la posesión, independientemente de que el poseedor sea el verdadero titular del derecho o no lo sea.

En materia inmobiliaria, la protección posesoria puede independizarse fácilmente de la protección de la propiedad u otro derecho real porque derecho y posesión permanecen diferenciados claramente.

En cambio, en materia mobiliaria, en la práctica, posesión y propiedad se confunden frecuentemente en virtud de la regla del artículo 794 del Código Civil. En efecto, el poseedor de un bien mueble por su naturaleza o de un título al portador no necesita que lo protejan específicamente como poseedor porque suele contar con una protección más eficaz todavía. Le bastará, en efecto, alegar el artículo 794 del Código Civil para que su posesión le permita invocar la protección correspondiente a la propiedad.

La protección posesoria en materia de muebles sólo se manifiesta desvinculada completamente de la propiedad en los casos no cubiertos

por la regla del artículo 794 del Código Civil. Tal es, por ejemplo, el caso de que el poseedor haya sido despojado de la cosa. Se le concede entonces el interdicto de despojo.

8° Usucapión y prescripción extintiva

La usucapión tiene apreciable importancia como modo de adquirir bienes inmuebles mientras que apenas la tiene en materia mobiliaria ya que en la generalidad de los casos el poseedor de bienes muebles invocará la regla del artículo 794 del Código Civil y no la usucapión.

A la inversa, la acción reivindicatoria para recuperar inmuebles no se extingue nunca por prescripción extintiva, mientras que la acción reivindicatoria para recuperar muebles extraviados o sustraídos exceptuados de la regla "posesión vale título" prescribe a los dos años (C.C., art. 1.986). Insistimos, la acción reivindicatoria, salvo la excepción señalada, no se extingue por prescripción. Ni siquiera cuando un tercero adquiere por usucapión puede decirse que ha prescrito la acción reivindicatoria del anterior propietario sino que éste ya no es propietario. En efecto si en ese caso hubiera prescripción extintiva lo que se contaría sería el tiempo de la inercia del antiguo propietario y no el tiempo de la posesión de quien pretenda haber usucapido. Así, un propietario aunque no ejerza su derecho, lo conserva indefinidamente mientras no haya un tercero que lo posea por el tiempo y en las condiciones exigidas por la ley para la usucapión.

9° Ocupación

La adquisición de la propiedad por ocupación sólo es posible respecto de los muebles porque la ocupación exige tomar posesión de una cosa sin dueño y los inmuebles siempre lo tienen porque si carecen de otro dueño su propiedad es atribuida a la Nación o a los Estados según el caso (C.C., art. 542).

10° Competencia judicial por razón del territorio

Como se sabe, en materia procesal la competencia por razón del territorio varía según se trate de intentar acciones personales y reales sobre muebles o acciones reales sobre inmuebles (C.P.C., arts. 40, 41 y 42).

11° Derecho Internacional Privado

En muchos ordenamientos jurídicos la ley aplicable a los bienes inmuebles es la ley del lugar de la situación de la cosa (*lex rei sitae*), mientras que la ley que rige a los muebles es la ley personal del propietario. Sin embargo, entre nosotros la regla es que la *lex rei sitae* se aplica tanto a muebles como a inmuebles (Ley de Derecho Internacional Privado, art. 27).

12° Comerciabilidad

En otra época se sostuvo que las operaciones relativas a inmuebles eran siempre civiles y que sólo los muebles podrían ser objeto de actos de comercio; criterio que no es compatible ni siquiera con la letra de nuestro Código de Comercio. En Venezuela, en efecto, se consagra la comerciabilidad tanto de los muebles como de los inmuebles.

13° Administración

En el Código Napoleónico, por lo general, se exige mayor capacidad a quien trate de administrar sus bienes inmuebles que a quien trate de administrar sus bienes muebles y así mismo se limitan más los poderes de quienes en virtud de la ley administran bienes ajenos cuando se trata de inmuebles que cuando se trata de muebles; todo por partir de la idea que los inmuebles son más valiosos que los muebles. Una de las pocas reminiscencias del sistema en nuestro Derecho es la norma que exige al tutor obtener autorización judicial para dar o tomar en arrendamiento bienes raíces por tiempo determinado (C.C., art. 365), sin exigir esa formalidad cuando se trata de muebles.

14° Incapacidad para adquirir de los institutos de manos muertas

La incapacidad de goce que impide a los institutos de manos muertas[1] adquirir por cualquier título sólo se refiere a los inmuebles (C.C.,

1. Son institutos de manos muertas aquéllos que de acuerdo con las leyes o reglamentos de su constitución no pueden enajenar los bienes inmuebles que les pertenezcan.

art. 1.144), aun cuando en el caso concreto de que se trate de heredar por testamento, se extiende a todos los bienes (C.C., art. 841).

15° Derechos esencialmente inmobiliarios y derechos esencialmente mobiliarios

La enfiteusis, los derechos de habitación y hogar, y las servidumbres sólo pueden darse sobre inmuebles. Lo propio sucede con la hipoteca con la diferencia de que en este último caso excepcionalmente la hipoteca puede versar sobre ciertos bienes muebles, como ya se ha dicho.

A la inversa, como la prenda sólo puede tener por objeto bienes muebles, el derecho real del acreedor prendario sobre la cosa dada en prenda es siempre un derecho mobiliario.

16° Accesión[2]

En materia de accesión es importante distinguir entre muebles e inmuebles porque la regla general es que el propietario de la cosa inmueble es quien se hace propietario del todo.

17° Expropiación por causa de utilidad pública o social

El régimen de la Ley de Expropiación por causa de utilidad pública o social es propio de los inmuebles.

18° Otras diferencias varias

Además, existen muchas otras normas que distinguen entre muebles e inmuebles; pero sólo a efectos más limitados. Así ocurre, por ejemplo, en materia de colación, separación de patrimonios, privilegios, etc.

---

2. Como se explicará en el cap. XVI, la accesión es el derecho que tiene el propietario de una cosa de hacer suyo todo lo que la cosa produce y toda otra cosa que se le una o incorpore a la suya en calidad de accesorio y de modo inseparable.

CAPÍTULO VIII

BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO Y DEL DOMINIO PRIVADO

GENERALIDADES: FUNDAMENTO LEGAL, NATURALEZA, IMPORTANCIA Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA CLASIFICACIÓN. PLAN DE EXPOSICIÓN. BIENES DEL DOMINIO PUBLICO: DETERMINACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO. BIENES DEL DOMINIO PRIVADO: INTRODUCCIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO

GENERALIDADES

I. FUNDAMENTO LEGAL DE LA CLASIFICACIÓN

El Código Civil destina íntegramente uno de sus Capítulos a tratar *De los bienes con relación a las personas a quienes pertenecen* (Libro Segundo, Tit. I, Cap. III). La primera disposición al respecto es que *Los bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares* (C.C., art. 538). A continuación agrega el legislador que *Los bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades son del dominio público o del dominio privado* (C.C., art. 539, encab.) y que los bienes del dominio público, a su vez, pueden ser *de uso público o de uso privado de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades* (C.C., art. 540). Así pues, se establece la siguiente calificación:

1. Bienes de la Nación, de los Edos. y Muns. { del dominio público { de uso público / de uso privado ; del dominio privado }
2. Bienes de las demás personas

II. NATURALEZA E IMPORTANCIA DE LA CLASIFICACIÓN

Por lo pronto, la indicada clasificación *no se establece en función de los caracteres intrínsecos de los bienes*. El propio legislador sugiere que se trata de una clasificación de los bienes fundada, en primer término, en las distintas clases de personas a quienes pueden pertenecer. Buena parte de la doctrina sostiene que, en realidad, se trata de una clasificación de tipos de propiedad. Dicho sea de paso, ello implica admitir que el derecho de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades sobre todos los bienes de dominio público es un derecho de propiedad, cuestión debatida como se verá "*infra*".

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Entre los bienes que no pertenecían a los particulares, el Derecho Romano de la época imperial destacaba las *res publicae* que estaban fuera del comercio y que pertenecían al pueblo romano (acueductos, calzadas, edificios, riberas del mar, etc.); y las *res fisci* que pertenecían al emperador precisamente por ser emperador y que estaban destinadas a mantener el esplendor de la corte y a cubrir otros gastos del Estado; pero de las cuales el emperador usaba, gozaba y disponía en la práctica casi como los particulares podían hacerlo con sus propias cosas. Posteriormente, esa distinción entre *res publicae* y *res fisci* se borró poco a poco.

En la Edad Media, así como se confundieron los conceptos de soberanía y propiedad hasta el punto de que los monarcas dividían sus territorios entre sus hijos del mismo modo que un particular podía distribuir su patrimonio entre sus herederos, así también se confundieron las *res publicae* y las *res fisci* al considerarse unas y otras como propiedades del príncipe. Todavía en Inglaterra se conserva un vestigio de esa concepción ya que se dice que las carreteras, el servicio postal, las naves de guerras, etc., son de "Su Majestad", aun cuando en la actualidad se trata de una simple tradición verbal toda vez que de ninguna manera el monarca tiene sobre dichas cosas las facultades que tiene un particular sobre sus bienes.

En Francia, antes de la Revolución, aun cuando se conocía la distinción romana, los juristas apenas se ocupaban de las cosas públicas pues

mucho más atraían su atención las *res fisci*, llamadas después "Dominio Real o Dominio de la Corona", compuesto de tierras y bosques, de castillos y bienes de toda índole.

Al estallar la Revolución Francesa se atribuyó a la Nación tanto las *res publicae* como los bienes del "dominio de la Corona"; pero por la importancia de estos últimos y por el deseo de subrayar que los mismos también pertenecían a la Nación se llamó "dominio nacional" al antiguo dominio de la Corona, mientras que las cosas públicas fueron denominadas "dependencias" del dominio público. El Código Napoleónico reunió ambas categorías en una sola: los bienes del dominio público. Las reformas legislativas de la época del Imperio no eliminaron la confusión. Sin embargo, a partir del tratado de Proudhon (1833), se afianzó la distinción entre dos clases de bienes "dominiales": los bienes del dominio público (las *res publicae*) y los bienes del dominio privado o bienes patrimoniales (las *res fisci* del derecho romano o bienes del dominio de la Corona del Antiguo Régimen). *Esta división, por lo demás, responde a una realidad: los entes públicos tienen bienes afectados a fines de interés general y bienes que no lo están.* En consecuencia, es natural que los primeros tengan un régimen jurídico radicalmente distinto del aplicable a los bienes de los particulares, mientras que el régimen jurídico de aquellos otros bienes se asemeje al que se aplica a los bienes de los particulares, aunque no se identifique con él, ya que siempre subsiste una diferencia apreciable entre la función de los entes públicos y de los particulares.

En todo caso, es de observar que la importancia de los bienes de la Nación ha variado: mientras en una época producían casi todo lo que era necesario para sostener al Estado hoy en día son radicalmente insuficientes para ello, de modo que el gasto público se cubre fundamentalmente con el producto de la recaudación de los tributos y con otros recursos fiscales.

IV. PLAN DE EXPOSICIÓN

Bastará ahora hacer referencia a los bienes del dominio público y privado para determinar cuáles son y señalar los principios fundamen-

tales que inspiran el régimen jurídico que los rige. En efecto, los demás bienes se rigen por las normas civiles que se estudian "in extenso" en éste y otros cursos de Derecho Civil.

BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

I. DETERMINACIÓN

El Código Civil establece, por una parte, que son bienes del dominio público, los caminos, los lagos, los ríos, las murallas, fosos, puentes de las plazas de guerra y "demás bienes semejantes" (C.C., art. 539), y, por otra parte, permite inferir que los bienes "destinados al uso público y a la defensa nacional" son bienes del dominio público (C.C., art. 541). Pero, en cambio, los textos legales no conducen a la conclusión de que los indicados sean todos los bienes del dominio público[1], ni expresan tampoco un criterio general para determinar cuáles son los bienes de la Nación, Estados y Municipalidades que pertenecen al dominio público. En consecuencia, se hace necesario examinar los distintos criterios que al respecto existen en el derecho comparado, la jurisprudencia y la doctrina.

1° De acuerdo con *la doctrina clásica del derecho francés del siglo XIX,* bienes del dominio público eran *las porciones del territorio afectadas al uso público y no susceptibles de propiedad privada,* tales como los caminos, costas, puertos, corrientes de agua, etc.

Modernamente podría decirse que este criterio se encuentra desmembrado. Así, por ejemplo, De Page considera que son bienes del dominio público los que no son susceptibles de propiedad privada (sin

1. Por lo contrario la enumeración del artículo 539 del Código Civil es evidentemente enunciativa ya que termina en la frase "...y demás bienes semejantes" (Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del Edo. Falcón, sent. de 13-X-61; J.TR., vol. IX, p. 666 y ss.). Así se explica que se hayan calificado como bienes del dominio público las playas o riberas del mar en el entendido de que éstos tienen como límite el lugar hasta donde llega la más alta marea (Juzg. 1° de la Inst. en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda sent. de 21-XI-60; J.T.R, vol. VIII, p. 476 y Juzg. de 1° Inst. en lo Civ y Merc. del Edo. Falcón, sent. arriba citada).

exigir que se trate de porciones del territorio afectadas al uso público), mientras que, incluso en ciertas legislaciones, se definen los bienes del dominio público como aquéllos que están afectados al uso público.

Frente a esta concepción debe señalarse que:

A) Aun cuando la mayoría de los bienes del dominio público son inmuebles, existen bienes *muebles* del dominio público, como por ejemplo, las colecciones de los museos oficiales y de las bibliotecas públicas.

B) Entre nosotros no puede limitarse el concepto de bienes del dominio público a los bienes afectados al uso público puesto que de acuerdo con nuestro Código Civil una de las dos categorías de bienes del dominio público son los bienes del dominio público *de uso privado* de la Nación, los Estados y las Municipalidades. Tampoco sería suficiente extender el concepto de bienes del dominio público como lo hizo la Casación Francesa cuando después de haberlo limitado a los bienes destinados al uso público incluyó también los bienes destinados a la protección de todos. Si bien así no se excluyen del dominio público los bienes afectados a la defensa nacional, lo cierto es que además de éstos existen otros bienes del dominio público que son de uso privado de la Nación, los Estados y las Municipalidades. Y,

C) El hecho de que los bienes del dominio público no puedan pertenecer a los *particulares no sirve como criterio de distinción*, ya que se trata simplemente del efecto de que determinados bienes sean del dominio público y no de la característica que los incluye dentro de esa categoría.

2° De acuerdo con el criterio de la *determinación legislativa*, bienes del dominio público son *los calificados como tales por el legislador*. Así lo establecen algunas legislaciones (por ej.: la italiana), y lo llegó a admitir la Casación francesa; pero tal criterio es inadmisible entre nosotros por consideraciones de diversa índole. Desde un punto de vista fundamentalmente práctico, la adopción de dicho criterio en Venezuela vendría a excluir del dominio público bienes que sin duda le pertenecen; pero que no han sido calificados como tales por ningún texto legal. Desde otro

punto de vista, el criterio de referencias es inconciliable con el espíritu de nuestro Código que en determinadas hipótesis prevé el paso de bienes del dominio público al dominio privado sin necesidad de ninguna declaración expresa y, desde luego, sin necesidad de que se dicte o derogue ninguna norma legal (C.C., art. 541). Por último, podría señalarse que el criterio de referencias deja sin base científica la clasificación de los bienes del dominio público y del dominio privado, ya que la ubicación de los bienes en una u otra categoría simplemente dependería del arbitrio del legislador.

3° También se ha sostenido el criterio de que los bienes del dominio público *son los afectados a servicios públicos.* Ante la observación de que así se excluirían bienes tradicionalmente calificados como bienes del dominio público, pero que, como los parques, no pueden considerarse afectados a un servicio público sin ampliar este concepto en forma inaudita, se propuso la fórmula de que bienes del dominio público eran tanto los afectados al uso público como a los servicios públicos. Pero, aparte de la imprecisión de la propia noción de servicio público, tampoco este criterio es aceptable porque lleva a calificar como bienes del dominio público a numerosísimos bienes que nunca han sido considerados como tales. Esta observación ha conducido a varias fórmulas tendientes a limitar las cosas que por estar afectadas a los servicios públicos pasarían a formar parte del dominio público. Ejemplos de tales fórmulas son las de incluir sólo las cosas destinadas a los servicios públicos "esenciales" o las cosas que desempeñan la "función principal" en la prestación del servicio público o las cosas que son "irremplazables" en el servicio público. Pero es evidente que todas esas fórmulas son extraordinariamente imprecisas.

4° Según otro criterio, son bienes del dominio público de la Nación, Estados y Municipalidades los bienes de esos entes que han sido *afectados por la autoridad competente a fines de utilidad general.* Si bien este criterio presenta alguna vaguedad es, sin embargo, el comúnmente admitido en la actualidad. De acuerdo con él los bienes de la Nación, Estados o Municipalidades pasarían a formar parte del dominio público por su afectación a fines de utilidad general mediante decisión expresa o tácita de la autoridad competente y dejarían de pertenecer al dominio

público por su desafectación a dichos fines también por decisión expresa o tácita de la autoridad competente. En todo caso, debe ponerse de relieve que la afectación debe ser actual y efectiva. Por ello, la sola expropiación de un bien por causa de utilidad pública o social no lo hace entrar en el dominio público hasta que no se produzca la afectación al correspondiente fin de utilidad general, acto que suele ser posterior a dicha expropiación.

Obsérvese que conforme a este criterio pueden existir bienes de los particulares afectados a fines de utilidad general, como es el caso de los edificios de propiedad privada declarados monumentos históricos; pero esos bienes no son del dominio público, ya que éste sólo comprende bienes de la Nación, Estados y Municipalidades, ni son bienes gravados con "servidumbres de utilidad pública", ya que la servidumbre tiene otra estructura jurídica, sino que son bienes sobre los cuales pesan "limitaciones legales de la propiedad que tienen por objeto la utilidad pública".

En cambio, se discute si entes de Derecho Público distintos de la Nación, los Estados y las Municipalidades (por ej.: los Institutos Autónomos), pueden tener su propio dominio público.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

El estudio del régimen jurídico de los bienes del dominio público comprende fundamentalmente la determinación de las normas que los rigen así como de la naturaleza del derecho del ente público sobre los bienes del dominio público y el examen de las tajantes afirmaciones de la doctrina tradicional de que dichos bienes no pueden ser enajenados, gravados, embargados, usucapidos ni arrendados.

1° Normas aplicables

Como queda dicho, los bienes del dominio público, en principio, están sustraídos a la aplicación de la ley civil y sujetos a normas de Derecho Público contenidas expresamente en algunos textos legales o producto de la elaboración doctrinal y jurisprudencial.

2° Naturaleza del derecho del ente público

A) Según una primera teoría, la Nación, los Estados y las Municipalidades no tendrían sobre los bienes del dominio público ningún derecho susceptible de ser calificado como derecho de propiedad, ni siquiera como derecho real, sino un derecho de mera policía o vigilancia de naturaleza pública. Por lo contrario, otro sector doctrinal considera que el mencionado derecho de la Nación, Estados y Municipalidades es *un verdadero y auténtico derecho de propiedad que sólo difiere del derecho de propiedad normal, en que el ejercicio de los atributos de éste se encuentra paralizado por la destinación del bien* en la medida en que esta destinación lo exija y sin que por ello falten los demás atributos de la propiedad tales como, por ejemplo, la acción reivindicatoria.

B) La opinión dominante es que debe hacerse una distinción.

Si el bien no es susceptible de apropiación, como es el caso del espacio aéreo, el derecho del ente público es un derecho de policía o vigilancia de naturaleza exclusivamente pública sin que quepa hablar de un derecho de propiedad.

En cambio, el derecho del ente público constituye un derecho de propiedad paralizado por la destinación del bien cuando éste es susceptible de apropiación como es el caso, por ejemplo, del terreno donde se levanta una base militar, naval o aérea.

Precisamente por ello, cuando se trata de bienes del dominio público que en sí mismos son susceptibles de apropiación, es perfectamente posible el acto de desafectación y éste tiene el efecto de permitir al ente público el ejercicio de las facultades normales inherentes al derecho de propiedad hasta entonces paralizadas por la afectación del bien.

3° Inalienabilidad

A) El propio Código Civil declara que los bienes del dominio público son inalienables (C.C., art. 543) y la doctrina suele calificarlos de bienes fuera del comercio. En efecto, la inalienabilidad del bien es

considerada como necesaria para mantener y asegurar su destinación. Pero, en realidad, *esa inalienabilidad no es necesariamente permanente ni absoluta.* Por una parte, los bienes del dominio público en caso de ser desafectados al fin de utilidad general pasan al dominio privado y, por ende, pueden ser enajenados, y, por la otra parte, es posible la llamada "mutación dominial" que consiste en la transferencia de un bien del dominio público de un ente al dominio público de otro ente (por ej.: del dominio público de la Nación al dominio público de una Municipalidad).

B) *Entre las consecuencias del principio de la inalienabilidad de los bienes del dominio público pueden citarse:*

a) Los bienes del dominio público no pueden ser objeto de ejecución forzosa. No están sujetos, por tanto, a hipoteca, embargos, secuestros ni ninguna otra medida de ejecución preventiva o definitiva. En nuestro Derecho, la ley extiende esta regla a todos los bienes pertenecientes a la Nación, aun cuando sean del dominio privado (L.O.H.P.N., art. 16).

b) Los bienes del dominio público no son susceptibles de expropiación por causa de utilidad pública o social.

c) En caso de que los particulares pretendan hacer valer la propiedad u otro derecho real sobre un bien que está afectado a un fin de utilidad general en concepto de bien del dominio público, el eventual derecho sobre la cosa se transforma en un derecho a ser indemnizado. En su caso, se discute si ello significa que el particular pierde su acción reivindicatoria o si la conserva con la modificación dicha. El mismo planteamiento cabe respecto de cualquier otra acción petitoria.

4° Gravámenes o cargas

De acuerdo con la doctrina tradicional, es imposible constituir servidumbres u otros derechos reales en cosa ajena sobre bienes del dominio público por cuanto dichos gravámenes podrían frustrar la afectación del bien. Modernamente se hace la salvedad de que tales gravámenes pueden constituirse cuando en el caso concreto no sean incompatibles con la destinación del bien. Así, por ejemplo, difícilmente podría negarse la

posibilidad de constituir una servidumbre de desagües sobre inmuebles del dominio público.

5° Imprescriptibilidad

El examen de las normas del Código Civil revela que los bienes del dominio público no pueden ser usucapidos por terceros a diferencia de lo que ocurre con los bienes del dominio privado (art. 1959 y 1960). Los casos en que ciertos autores pretenden encontrar ejemplos de usucapión de bienes del dominio público son casos en los cuales ha habido previamente una desafectación tácita del bien, que lo convirtió en bien del dominio privado.

6° Utilización

Según la doctrina tradicional los bienes del dominio público deben utilizarse conforme a su afectación y por ello no son susceptibles de ser arrendados.

El propio Código Civil distingue dos situaciones diversas en cuanto a su utilización cuando divide los bienes del dominio público en bienes de uso público y uso privado.

A) *Bienes de uso público.* En principio, los bienes del dominio público que son de uso público están abiertos al uso de la colectividad aun cuando la utilización directa y personal de cada uno de sus miembros se hará en la medida y forma de sus posibilidades. Generalmente el uso público es libre, gratuito y no sujeto a formalidades; pero a veces presupone ciertas condiciones (por ej.: matriculación del vehículo para utilizar las vías públicas) o ciertos pagos (por ej.: de peaje) o incluso una autorización. En todo caso, el derecho de cada uno a la utilización del bien en la forma y condiciones en que están abiertos al uso público constituye un verdadero derecho subjetivo de carácter público.

Pero aún en los bienes de uso público cabe la utilización privada por persona o personas determinadas que excluya el uso común sobre una porción del bien sin impedir que el mismo en su conjunto cumpla su

destinación al uso general. Tal es el caso de las zonas de estacionamiento reservadas en la vía pública a ciertas empresas privadas; el servicio de restaurantes, bares o cafés en mesas y sillas colocadas en ciertas aceras o plazas; los rieles de tranvía colocados por empresas privadas en las calles de una ciudad; etc.

La facultad para esa utilización se adquiere en virtud de un acto administrativo que algunos autores llaman siempre concesión y que de acuerdo con otros puede ser una concesión o un permiso. En Derecho Administrativo se estudiará el acto de referencias, sus caracteres, los derechos y deberes que pueden derivar de él, su revocabilidad y las consecuencias de la revocación.

B) *Bienes de uso privado.* En algunos casos, dado el fin de utilidad general a que está afectado el bien del dominio público y precisamente para que dicho fin pueda ser alcanzado se hace necesario, establecer como regla la exclusión del uso del bien por parte de los particulares. El ejemplo más típico lo constituyen los bienes del dominio público militar.

7° Tutela especial del derecho del ente público

En el caso de bienes del dominio público, el ente al cual pertenecen no sólo puede intentar, en su caso, acciones judiciales en defensa de su derecho sino que puede tomar medidas administrativas, en especial policiales, lo que confiere particular eficacia a la tutela del derecho en cuestión.

BIENES DEL DOMINIO PRIVADO

I. INTRODUCCIÓN

Determinados cuáles son los bienes del dominio público basta con señalar que los demás bienes pertenecientes a la Nación, los Estados y las Municipalidades son bienes del dominio privado o bienes "patrimoniales" de éstos.

Los bienes del dominio privado son tan variados como pueden ser los bienes que pertenecen a los particulares. Así mismo, pueden haber sido adquiridos por muy diversos medios de adquirir: no sólo por los medios de adquirir que están a disposición de los particulares sino por algunos específicos de los entes públicos entre los cuales pueden mencionarse la expropiación por causa de utilidad pública o social, la "vacantía" de la que encontramos ejemplos en los artículos 542 y 832 del Código Civil, la confiscación en la estrecha medida en que existe en el Derecho Venezolano, los comisos (por ej.: de contrabando, armas de guerra, etc.) y otra serie de medios de adquirir no sistematizados en nuestro ordenamiento jurídico.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

1° Normas aplicables

Los bienes del dominio privado *están sujetos a la ley civil*; pero queda a salvo la *aplicación preferente* de las normas contenidas en las leyes especiales que conciernen a dichos bienes. Por su gran variedad y por poder pertenecer a entes públicos diversos *no están sometidos a un régimen uniforme* aun cuando en el caso de bienes pertenecientes a la Nación existe un buen número de normas generales en la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, en particular, acerca de procedimientos de incorporación y desincorporación, así como de elaboración de inventarios, deberes de sus administradores, etc.

2° Alienabilidad

Los bienes del dominio privado son enajenables; pero es necesario cumplir formalidades previstas en leyes especiales cuyo estudio no corresponde al Derecho Civil.

3° Inembargabilidad

Aunque enajenables los bienes del dominio privado no están sujetos a medidas de ejecución preventivas o definitivas (secuestros, prohibi-

ciones de enajenar y gravar, ni embargos de cualquier clase). Es ésta una de las "prerrogativas" fiscales. Consecuencialmente, no pueden ser hipotecados ni dados en prenda.

4° Gravámenes y cargas

Nada impide en cambio que se imponga a los bienes del dominio privado, previo el cumplimiento de las formalidades del caso, cargas o gravámenes, excepción hecha de prendas o hipotecas. Así pueden ser gravados con enfiteusis, usufructo, etc. Sin embargo, existen excepciones al principio.

5° Prescriptibilidad

En principio, los bienes del dominio privado pueden ser usucapidos por terceros de acuerdo con las normas del Código Civil con las excepciones y modificaciones que resultan de la aplicación preferente de normas contenidas en leyes especiales.

6° Utilización

Los bienes del dominio privado no están abiertos al uso general de la colectividad sino que son utilizados por el ente público en forma semejante a como puede un particular utilizar sus propios bienes. Así, por ejemplo, pueden ser dados en arrendamiento.

Segunda parte

LOS DERECHOS REALES

Sección Primera
TEORÍA GENERAL

CAPÍTULO IX

TEORIA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES

CONCEPTO DE DERECHO REAL. TEORÍAS. DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. CLASIFICACIÓN GENERAL. CARACTERES O ATRIBUTOS. DIFERENCIAS ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS DE CRÉDITO. DERECHOS REALES *IN FACIENDO* Y OBLIGACIONES *PROPTER REM*

CONCEPTO DE DERECHO REAL

I. INTRODUCCIÓN

El concepto de derecho real constituye el núcleo fundamental de la mayor parte de las instituciones que se estudian en el presente curso.

No existe una teoría general del derecho real legalmente consagrada: la ley ni siquiera define lo que es derecho real. Por ello, el concepto de derecho real es producto de la elaboración doctrinaria que, a través de la abstracción, señala los caracteres comunes a diversos derechos que al mismo tiempo los diferencian de todos los demás derechos subjetivos. Como de todos esos derechos el más típico es el derecho de propiedad,

no debe extrañar que con cierta frecuencia se haya incurrido en el error de señalar como caracteres de todos los derechos reales, algunos que corresponden a la propiedad; pero que no son comunes a otros derechos reales.

Si pues el concepto de derecho real es obra de doctrina, resulta natural que el estudio del mismo se inicie con el examen de las principales teorías al respecto, precedido de una breve referencia a la ubicación de los derechos reales dentro de la clasificación general de los derechos subjetivos (que también es obra de la doctrina).

II. UBICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS

1° Como no nos proponemos ubicar los derechos reales dentro de la clasificación de los derechos subjetivos sino en la medida en que ello sea útil para definirlos, nos limitaremos a señalar que:

A) Dentro de la clasificación de los derechos subjetivos en derechos patrimoniales y extrapatrimoniales, los derechos reales, sin duda alguna, están *ubicados dentro de los derechos patrimoniales*; son pues, derechos valorables en dinero. Desde luego, no son los únicos derechos patrimoniales; es más, patrimoniales son también los derechos de crédito (llamados también "obligaciones" cuando se los considera desde el punto de vista pasivo), que son precisamente los derechos de los que más interesa diferenciar los derechos reales. Y,

B) Por otra parte, los derechos reales se ubican entre los *derechos absolutos* en la clasificación de los derechos en absolutos y relativos; son pues derechos que pueden hacerse valer frente a todos (*erga omnes*). Tampoco son los derechos reales los únicos derechos absolutos sino que pertenecen a esa misma categoría, entre otros, los derechos de la personalidad, ciertos derechos familiares, algunos relacionados con la sucesión *mortis causa*, y para quienes no admiten que sean derechos reales los que recaen sobre cosas incorporales: los derechos de autor, los derechos afines a éste y la propiedad industrial.

2° Es de observar, que con la afirmación de que los derechos reales son derechos patrimoniales absolutos se señala *el punto de contacto y una diferencia básica* que tienen con los derechos de crédito, ya que éstos también son patrimoniales; pero en cambio son relativos en el sentido de que sólo pueden ejercerse frente a una o más personas determinadas, el deudor o los deudores, para exigir de ellas una determinada prestación de dar, hacer o no hacer. Sin embargo:

A) Los derechos reales *no son los únicos derechos patrimoniales absolutos*, o, al menos, es discutible que lo sean. Así, por ejemplo, muchos autores niegan que la propiedad industrial, que es un derecho patrimonial absoluto, sea un derecho real.

B) En todo caso, una definición de los derechos reales que sólo señalara que los mismos son derechos patrimoniales y absolutos dejaría de indicar al menos una nota fundamental relativa a su contenido sin la cual no quedan adecuadamente caracterizados: el hecho de que los derechos reales conceden a sus titulares *un señorío o poder directo e inmediato sobre una cosa* en el sentido que sus titulares no requieren (jurídicamente) de la intervención o mediación de otra persona para ejercerlo.

Es cierto que los derechos de crédito también pueden referirse a una cosa (aunque existan muchos derechos de crédito que no se refieren a "cosas" sino a actividades humanas); pero aún en los derechos de crédito que se refieren a cosas, el titular del derecho (el acreedor) carece de la facultad de ejercer directamente ningún señorío o poder sobre la cosa en cuestión pues sólo *tiene la facultad de exigir a otra persona* (el deudor) *una determinada conducta relativa a esa cosa*, de modo que la misma es sólo objeto *mediato* del derecho de crédito siendo necesario para que el acreedor retire alguna utilidad de ella que medie la cooperación del deudor de la obligación. Por eso es frecuente decir que el derecho real es un derecho *in re* (un derecho en la cosa o sobre la cosa) y el derecho de crédito relativo a una cosa es un derecho *ad rem* (un derecho a la cosa), si bien conviene insistir en que no todo derecho de crédito es un *ius ad rem*, porque, como se ha dicho, los derechos de crédito pueden tener por objeto prestaciones de hacer o de no hacer que no se refieran a "cosa" alguna[1].

Por último, debe destacarse que, como sólo es posible tener un señorío o poder directo sobre cosas determinadas, *los derechos reales siempre tienen por objeto cosas determinadas, específicas o cuerpos ciertos*, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito que pueden versar sobre cosas genéricas (por ej.: es perfectamente concebible que alguien tenga el derecho de exigir a otro que le entregue una cosa determinada sólo en su género como podría ser un toro de 3 años de una determinada raza). Por la misma razón, *sólo existen derechos reales sobre cosas presentes*, mientras que existen derechos de crédito a cosas futuras (como, p. ej. los frutos de la cosecha que produzca una determinada finca durante el año próximo venidero).

3° Siendo así que, como hemos señalado, no sería satisfactorio definir los derechos reales simplemente como derechos patrimoniales y absolutos, se hace necesario examinar las principales teorías doctrinarias sobre su naturaleza.

III. TEORÍAS

1° Teoría clásica

A) Se llama "clásica" la teoría de que la relación nacida del derecho real es simplemente una relación entre persona y cosa mientras que la relación nacida del derecho de crédito es una relación entre personas (el acreedor o los acreedores y el deudor o los deudores).

B) A tal concepción se objeta que el Derecho sólo regula la conducta de las personas y que, por lo tanto, las relaciones jurídicas nacidas de todos los derechos subjetivos son necesariamente relaciones entre personas, de las cuales una o más serán sujetos activos y otra o más, sujetos pasivos.

---

1. Los términos latinos arriba empleados son usuales aunque no proceden del Derecho Romano.

2° Teorías obligacionistas

A) Estas teorías surgidas, precisamente de la crítica de la concepción clásica, consideran que, como sólo existen derechos de persona a persona y que, como todo derecho implica una facultad del sujeto activo de exigir una determinada conducta del sujeto pasivo, en consecuencia, *todo derecho de un sujeto* supone necesariamente *la obligación de otro u otros sujetos.*

Así, dentro de esta concepción, el derecho real no es sino *el correlativo de una obligación pasiva universal*: una obligación que todos tienen de respetar su ejercicio por parte del titular del derecho real y que debe ser calificada como deber negativo del sujeto ("todos"), ya que en definitiva ese respeto consiste en *no interferir en el ejercicio del derecho por parte de su titular*. Según los partidarios de la teoría, esa vinculación entre el titular y el sujeto pasivo "universal" (todas las demás personas), que nace del derecho real y que, en un principio parece no existir, se "materializa" cuando cualquiera de los obligados interfiere en el ejercicio del derecho de alguna manera (por obra de una acción dirigida a desconocerlo o a impedir o perturbar su ejercicio).

Sentadas esas bases, la concepción obligacionista conduce frecuentemente a mantener *teorías unitarias o monistas* en el sentido de que niegan la distinción entre derechos reales y derechos de crédito por considerar que en ambos casos se está frente a "obligaciones" (en el sentido técnico de la palabra), que no difieren sino en el hecho de que unas pesan sobre "todos" y otras sólo sobre "determinadas personas".

B) La crítica principal que merece la concepción obligacionista, especialmente cuando alcanza a traducirse en teorías monistas o unitarias, es que yerra *por confundir la noción de obligación en el sentido amplio en que la palabra es sinónima de "deber" con el concepto técnico de "obligación", o sea, cuando esta palabra alude al aspecto pasivo del derecho de crédito.* En efecto, todo derecho tiene como correlativo una "obligación" en el sentido de que supone en otro u otros un "deber jurídico" correlativo; pero de allí no se deduce que todo derecho suponga una "obligación" correlativa en el sentido técnico de esta última pala-

bra. Ciertamente, todo derecho real supone en los demás el deber de respetar su ejercicio por parte de su titular. Pero ese deber no constituye una "obligación" en el sentido técnico de la palabra, como lo revela el hecho de que sería inconcebible que se incluyera en el pasivo de alguien el deber de respetar todos y cada uno de los derechos reales que tienen los demás.

Por otra parte, ese deber universal de respeto del derecho ajeno tampoco es privativo de los derechos reales porque todos tenemos el deber de respetar todos los derechos de los demás (incluso, desde luego, sus derechos de crédito), deber que por cierto tiene más carácter de deber de naturaleza pública que de deber jusprivatístico.

Por lo demás, también puede criticarse a la concepción obligacionista del derecho real que, al definir éste desde un punto de vista meramente negativo y con prescindencia del objeto sobre el cual recae, deja de indicar lo más sustancial y característico del derecho real que es su contenido, o sea, el conjunto de facultades que confiere a su titular.

3° Teorías armónicas

De acuerdo con la llamada concepción "armónica" es necesario distinguir e incluir en el concepto del derecho real dos elementos: un *elemento interno, material o estático*, que es su contenido y que consiste en la relación entre su titular y una cosa que en mayor o menor medida permite a aquél recabar la utilidad económica de ésta, y un *elemento externo, formal o dinámico*, que es la *sanción o garantía* del derecho y que consiste en el deber jurídico de contenido negativo que tienen todas las demás personas de no interferir en esa relación directa entre la persona del titular del derecho y la correspondiente cosa.

4° Conclusión

A) Compartimos la concepción armónica que señala la relación en la cual se centraba la concepción clásica sin prestarse a las objeciones que se hacen a esta última, puesto que al mismo tiempo destaca también la existencia de relaciones entre personas y el deber correlativo al derecho real, sin caer en el error de confundir deber y obligación en el sentido técnico-jurídico de estas palabras.

B) En concreto, adherimos a la definición de Roca Sastre, que responde a esa "concepción armónica" del derecho real y según la cual éste "Es aquel derecho subjetivo que atribuye al titular un poder o *señorío directo e inmediato* sobre una cosa *determinada* (y *presente* agregaríamos nosotros), sin necesidad de intermediario *alguno personalmente obligado*, y que impone asimismo a todo el mundo (*erga omnes*) un deber de *respeto o exclusión* y, a veces, cuando se trata de un derecho limitado, un "hacer" o un "no hacer" posiblemente conectado con un "soportar".

Como esa definición contiene importantes elementos de los que no hemos tratado antes, debemos destacar que:

a) Aunque los derechos reales confieren un poder sobre la cosa que en general puede ejercerse sin la mediación de ninguna otra persona, sin embargo pueden existir dentro de ese poder o señorío facultades específicas que sí exigen la mediación de otra persona; pero no la de alguien *personalmente obligado a ello* sino la de alguien obligado a ello *en tanto en cuanto sea titular de otro derecho real* (de un obligado *propter rem*, o sea, de un obligado en razón de la cosa sobre la cual tiene la propiedad u otro derecho real).

b) Los derechos reales "limitados" (llamados también derechos "parciarios", "fraccionarios", "menores", "en cosa ajena" o "en cosa no propia") al gravar el derecho de propiedad de otro, aunque deban ser respetados por todos, *en cierto modo*, individualizan al sujeto pasivo de la relación, que es el propietario gravado con la carga que éste debe soportar o padecer (*pati*) y facultan al titular del derecho real limitado para exigir de ese propietario —en tanto en cuanto lo sea— un deber de contenido positivo. Ejemplos de todo ello se estudiarán más adelante.

c) En la definición se expresa que el deber de respeto correlativo al derecho real, visto en su aspecto activo, implica que el titular de éste tiene la facultad de excluir o el poder de exclusión que permite negar a otro el ejercicio y, desde luego, la titularidad del derecho (*ius prohibendi*).

d) No destaca Roca Sastre en su definición que el titular del derecho real no sólo tiene, en mayor o menor medida, poder sobre la cosa sino que en ciertos casos, surgen también del propio poder sobre la cosa,

deberes que incumben al titular del derecho real y cuyo cumplimiento constituye el reflejo del derecho real o de su ejercicio. Así, por ejemplo, incumbe al enfiteuta el deber de mejorar el fundo y al usufructuario el deber de respetar el destino económico de la cosa.

DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

Establecido el concepto del derecho real en general se hace necesario determinar cuáles son los derechos reales que en concreto existen en nuestro Derecho.

I. DERECHOS REALES LEGALMENTE REGULADOS

Nuestro Código Civil no enumera los derechos reales sino que los regula uno por uno sin indicar siquiera que son derechos reales ni agruparlos todos. Así, tanto en el Libro Segundo del Código como en el Tercero, se encuentran regulados derechos que, de acuerdo con lo expuesto, son evidentemente derechos reales.

1° Siguiendo el orden del Código encontramos que *indudablemente* son derechos reales:

A) La propiedad, llamada también "dominio";

B) El usufructo, el uso y la habitación;

C) El hogar, institución que por cierto no se agota en constituir un derecho real;

D) Las servidumbres;

E) La enfiteusis;

F) La prenda; y

G) La hipoteca.

2° A dicha lista parece que pueden agregarse sin mayores dificultades: el derecho de retracto (tanto el convencional como el legal) y los privilegios especiales (no los privilegios generales que en nuestro Derecho sólo existen sobre todos los bienes muebles del deudor).

3° Mayores dudas existen acerca de si son derecho reales otros derechos regulados por el Código; en concreto:

A) La posesión;

B) El derecho del heredero a la herencia;

C) El derecho de retención; y

D) La anticresis.

Incluso hay quienes pretenden que el derecho del arrendatario tiene carácter real.

De la dudosa calificación de estos derechos se tratará, en el primer caso en este mismo curso y en los demás, en otros cursos de Derecho Civil.

4° Ya hemos indicado *supra* que también existen discrepancias acerca del carácter real de los derechos de autor, de los derechos afines a éste y de la propiedad industrial, regulados todos por leyes especiales.

II. LA CUESTIÓN DEL NÚMERO DE LOS DERECHOS REALES

1° Además de los problemas relativos a si determinados derechos regulados por la ley son derechos reales o no, existe el problema conocido como "la cuestión del número de los derechos reales" que puede reducirse a la pregunta de si es posible crear derechos reales diferentes de los expresamente regulados en el Derecho positivo.

El Derecho romano acogió la solución de que los derechos reales constituyen *un "numerus clausus"* (número cerrado) o sea el llamado

"sistema de la serie hermética de los derechos reales", según el cual, no pueden constituirse otros derechos reales distintos de los expresamente regulados por la ley. El Derecho germánico consagró la solución opuesta, o sea, que los derechos reales constituyen un "*numerus apertus*" (número abierto), ya que admitió que los particulares dieran efecto real a cualquier deber creado por ellos en relación con una cosa determinada.

En la actualidad, existen Derechos que expresamente adoptan en forma inequívoca uno de los dos sistemas; así como existen ordenamientos donde la cuestión no está legislativamente resuelta, sea porque sus textos dejan cierto margen de duda, sea porque no existe texto expreso sobre la cuestión. Este último es el caso de nuestro Derecho, de modo que debemos analizar los argumentos en que se apoyan ambos sistemas para llegar a una conclusión.

2° *En favor de la tesis del "numerus apertus"* se arguye fundamentalmente que en todo el Derecho Privado Patrimonial el principio es la autonomía de la voluntad el cual sólo tiene como límite el orden público y las buenas costumbres siendo así que no existe fundamento para creer que el orden público o las buenas costumbres exijan que los particulares no puedan constituir otros derechos reales distintos de los que la ley prevé, así como no impide que los particulares celebren contratos distintos de los tipificados por la ley (los contratos "innominados"). Por otra parte, se agrega, no existen en el ordenamiento jurídico dispositivos técnicos que impidan la creación de derechas reales no regulados legalmente. Por ejemplo, no existe impedimento alguno para crear por testamento o contrato un derecho real intermedio entre el usufructo y el uso en razón de que se estipule que, aun cuando el beneficiario no tenga las amplias facultades del usufructuario respecto de los proventos de la cosa, los tenga mayores que el usuario porque se le haya concedido la facultad de hacer suyo no sólo "los frutos que basten a sus necesidades y a los de su familia" sino también un porcentaje de los demás.

3° *En favor de la tesis del sistema del "numerus clausus"* se han esgrimido diversos argumentos:

A) Argumentos históricos tendientes a demostrar que la intención del legislador napoleónico habría sido consagrar dicha tesis para erradicar toda una serie de cargas sobre la propiedad que existían en el Antiguo Derecho y que sólo respondían a razones político-sociales derivadas del feudalismo, régimen que precisamente se quería erradicar. Tales argumentos no han sido decisivos ni siquiera en Francia respecto del Derecho francés.

B) El argumento de que las leyes que determinan el derecho de propiedad, sus efectos y sus límites, sobre todo en materia inmobiliaria, afectan a la organización social del país, materia que al menos en parte interesa al orden público, de modo que en ella no impera la autonomía de la voluntad al menos en la medida en que impera en el campo del Derecho de las Obligaciones.

C) Argumentos técnico-jurídicos relativos al alcance de los efectos de la voluntad de los particulares y a la publicidad registral. Así se arguye que:

a) Los principios que permiten la aparición de los contratos "innominados" no son trasladables al campo de los derechos reales porque mientras los contratos sólo producen efecto entre las partes, sus herederos y sus causahabientes, los derechos reales tienen eficacia *erga omnes*. Y,

b) Como nuestro Derecho no prevé el registro de los actos por los que se constituyan o transmitan derechos reales que no estén regulados por la ley, acoger la tesis de que la voluntad privada pudiera crear derechos reales distintos de los regulados por la ley, conduce al absurdo de admitir que la voluntad de los particulares pueda producir efectos contra terceros en virtud de actos que éstos no pudieron conocer. El argumento así expuesto, en principio, sólo es válido en materia de inmuebles.

4° En conclusión, sin que pueda tenerse certeza absoluta al respecto, parece preferible en el Derecho venezolano adherir al sistema de *numerus clausus*. Pero para calibrar la trascendencia de esta conclusión, es necesario tener en cuenta que:

A) Muchas de las normas dictadas para regular los derechos reales previstos por la ley son interpretativas o supletorias, de modo que no limitan la autonomía de la voluntad de los particulares quienes podrán regular las materias correspondientes en la forma que mejor convenga a sus intereses; y

B) El marco de algunos derechos reales regulados por la ley (especialmente, el marco de las servidumbres), es tan amplio en nuestro Derecho que dentro de él, tendrán cabida casi siempre las estipulaciones que puedan requerir los intereses de los particulares.

CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES

I. Los derechos reales pueden ser clasificados desde muchos puntos de vista diferentes. Así entre otras clasificaciones pueden mencionarse las siguientes:

1° Derechos reales *propiamente dichos* (sobre cosas corporales) y derechos reales *sobre bienes inmateriales* como los derechos de autor, los derechos afines a éste y la propiedad industrial.

2° Derechos *pertenecientes a una persona determinada "nominatim"* (o individualmente determinada), como son la propiedad y la mayoría de los derechos reales; y derechos *que corresponden en cada momento a quien sea propietario de una cosa,* como ocurre con las servidumbres.

3° Derechos que *pueden recaer indistintamente sobre muebles o inmuebles,* como la propiedad y el usufructo; derechos *sobre muebles* como la prenda y la hipoteca mobiliaria y derechos *sobre inmuebles* como la enfiteusis, las servidumbres y la hipoteca inmobiliaria.

4° Derechos *perpetuos,* como la propiedad; derechos *que pueden ser perpetuos o temporales,* como la enfiteusis; y derechos *necesariamente temporales,* como el usufructo, el uso y la habitación.

5° Derechos reales *transmisibles,* como la propiedad y el usufructo; derechos reales *que sólo son transmisibles junto con un derecho principal,* como las servidumbres; y derechos *intransmisibles,* como el uso y la habitación.

6° Derechos *sobre cosas singulares,* que serían la casi totalidad de los derechos reales, y *derechos sobre universalidades,* categoría creada para ubicar el derecho del heredero a la herencia (que personalmente no consideramos derecho real aunque sea un derecho patrimonial absoluto).

7° Derechos de *protección provisional o interina,* como la posesión; y derechos *definitivos,* que serían todos los demás.

II. En este curso seguiremos la siguiente *clasificación general:*

Los derechos reales se dividen, en primer lugar, en *derechos de protección provisional o interina* (la posesión y sólo ella) y en *derechos definitivos* (todos los demás). Al estudiar la posesión y su singular tutela jurídica, quedará más claro el criterio en que se basa la clasificación.

Los derechos reales definitivos se dividen en *derechos reales propiamente dichos* (los que recaen sobre cosas corporales) y *derechos reales sobre cosas incorporales.*

A su vez los derechos propiamente dichos se dividen en: *el derecho real pleno* que es la propiedad o dominio (la cual puede presentar diferentes variedades), y todos los demás, que son derechos *limitados, parciarios, fraccionarios o menores*, llamados también derechos en cosa ajena o en cosa no propia.

Entre estos derechos limitados a su vez pueden distinguirse los *derechos de goce, los derechos de garantía* y los *derechos de adquisición.* Los primeros pueden agruparse en cuatro categorías por razones que se señalarán en su momento: a) la enfiteusis; b) el usufructo, el uso y habitación; c) el hogar y d) las servidumbres. Los derechos de garantía son objeto de estudio y subclasificación en otro curso de Derecho Civil; y ejemplo clásico de derecho de adquisición es el retracto, que también se estudia en otro curso de Derecho Civil.

La anterior clasificación supone aceptar, como aceptamos, que la posesión —en cierto sentido de la palabra— es un derecho real, aunque de características muy singulares.

CARACTERES O ATRIBUTOS DE LOS DERECHOS REALES

Especialmente si se tiene presente que los derechos reales son derechos patrimoniales y absolutos, es fácil deducir casi todos los principales caracteres o atributos de los mismos.

I. Los derechos reales por el hecho de ser *derechos subjetivos patrimoniales, confieren a su titular facultades o poderes valorables en dinero*. Por ende, no obstante cualesquiera semejanzas que presenten con ellos, no son derechos reales aquéllos que, como el derecho sobre el nombre, no son valorables en dinero.

Sin embargo, debe destacarse que a diferencia de lo que constituye la regla en materia de derechos patrimoniales:

1° Algunos derechos reales sólo pueden transmitirse junto con otro derecho principal (por ej.: las servidumbres prediales, que como derechos sólo son transmisibles junto con la propiedad del fundo dominante) o no son transmisibles, como es el caso de los derechos de uso y habitación. Y,

Téngase presente que la clasificación expuesta sólo tiene la finalidad de introducir al alumno en la materia y que los perfiles de la misma serán profundizados en futuros temas de este curso o en temas de otros cursos de Derecho Civil.

2° Algunos derechos reales no son susceptibles de ejecución forzosa y razón por la cual no forman parte de la "prenda común" que tienen los acreedores.

II. Los derechos reales confieren a su titular *un señorío o poder directo inmediato sobre una cosa* con las siguientes consecuencias y salvedades:

1° Ese señorío o poder del titular *es inherente a la cosa*, carácter que se vincula a otros que luego señalaremos.

2° Ese señorío o poder sobre la cosa es *directo* o *inmediato* en el sentido de que puede ejercerse sin que jurídicamente se requiera la intervención, mediación ni cooperación de ninguna otra persona. Pero ello no excluye que, excepcionalmente, el derecho real comprenda *además* de ese poder inmediato sobre la cosa, el poder de exigir a otras personas determinadas prestaciones que constituyen para ellas deberes de contenido positivo con la peculiaridad de que en tal hipótesis el obligado no lo está personalmente en el sentido de que no está determinado *nominatim* sino *propter rem*, o sea, por el hecho de ser titular de la propiedad u otro derecho real sobre una cosa, de modo que si transmite ese derecho, el obligado pasa a ser el adquirente y si renuncia al mismo, esa renuncia llamada "abandono" tiene para él efectos liberatorios.

Obsérvese que en esos casos excepcionales, el sujeto activo, facultado para exigir esas prestaciones de contenido positivo, tampoco está determinado *nominatim* sino que lo es en tanto en cuanto sea titular de un derecho real sobre una cosa.

3° Ese señorío o poder propio del derecho real *excluye todo otro poder igual o concurrente* (salvo que sean varios los titulares del derecho de que se trate), de modo que el titular del derecho real tiene un *poder de exclusión* que lo faculta para negar a otro el ejercicio y la titularidad de su derecho (*jus prohibendi*).

4° Ese señorío o poder recae necesariamente sobre una *cosa* (no sobre una actividad), y, dadas sus características antes señaladas, sobre una cosa *específica o cuerpo cierto y presente*, porque no es posible que poder semejante recaiga sobre cosas genéricas ni futuras.

III. Correlativo a ese señorío o poder directo es un *deber general negativo*, o sea, el deber de la generalidad de las *personas de abstenerse de impedir* de cualquier manera *el ejercicio de tal señorío o poder*, con las siguientes consecuencias y salvedades:

1° La existencia de ese deber implica que en materia de derechos reales existe un *sujeto pasivo* que es *universal;* pero no excluye que, además, el sujeto pasivo parezca individualizarse en el propietario que debe soportar el derecho limitado que grave su propio derecho ni que realmente en ciertos casos se individualice en personas que no están determinadas *nominatim* sino *propter rem*, sujetas a deberes de contenido positivo como ya se ha dicho.

2° El señalado deber general negativo explica también *el poder de exclusión* que tiene el titular del derecho real.

3° Ese deber general negativo y/o la inherencia del poder del titular del derecho real a la cosa correspondiente, trae como consecuencia la *oponibilidad y eficacia del derecho real frente a terceros*, de donde derivan:

A) *la persistencia del derecho real* aun cuando la cosa de hecho no esté en manos de su titular; y

B) la facultad que tiene éste de *alcanzar la cosa para que vuelva de hecho a sus manos o para ejercer sobre ella su derecho*, cuando dicha cosa se encuentre en manos de otro, facultad que también se conoce con el nombre de "derecho de persecución".

IV. El derecho real tiene como atributo el llamado "derecho de preferencia" (*jus prelationis*) en virtud del cual:

1° En el conflicto entre quien hace valer sobre la cosa un derecho real y quien invoca en relación con ella un derecho de crédito, en principio, debe vencer el titular del derecho real. Sin embargo, no ocurre así cuando el titular del derecho de crédito tiene como su deudor, al titular del derecho real, ni cuando el acreedor insatisfecho, en su momento, solicita la ejecución de bienes de su deudor.

2° El conflicto entre derechos reales se resuelve en principio por la *prioridad en la adquisición* (*priori tempore, potior jure*).

3° En el conflicto entre derechos reales de diferente graduación *prevalece el derecho de mayor graduación.*

4° En algún caso el derecho real atribuye a su titular la llamada *prelación real,* o sea, *la preferencia* —en igualdad de condiciones— sobre otros sujetos en la adquisición de otro derecho cuando éste sea objeto de enajenación.

V. Suele destacarse como característica específica del derecho real la facultad de *abandono*; pero creemos que ello no es sino la manifestación en el campo de los derechos reales de la renunciabilidad propia de los derechos patrimoniales en general, como lo es también la remisión de deuda en materia de derechos de crédito.

No creemos por cierto que el abandono sea una renuncia de efectos específicos por el hecho de que quien hace abandono se libera de las correspondientes obligaciones *propter rem.* Dicho efecto liberatorio en nuestro criterio no es sino una consecuencia de la naturaleza de tales obligaciones, como lo demuestra el hecho de que también se produce en favor de quien en vez de abandonar, transmite el derecho correspondiente.

VI. Debe destacarse que no *es atributo del derecho real* el hecho de que su sujeto activo esté determinado *nominatim,* ya que es evidente que el derecho de servidumbre no corresponde a nadie personalmente determinado sino a quien resulte ser propietario del fundo dominante. Tampoco es carácter del derecho real la *perpetuidad,* ya que, como se ha señalado, incluso existen derechos esencialmente temporales como el usufructo, uso y habitación.

DIFERENCIAS ENTRE LOS DERECHOS REALES Y LOS DERECHOS DE CRÉDITO

I. Si se prescinde del deber general negativo de abstenerse de impedir al titular del derecho el ejercicio del mismo (deber que es correlativo a los derechos de cualquier clase), en los derechos reales sólo se encuentra

el sujeto activo titular del derecho y una cosa objeto del mismo mientras que en los derechos de crédito existe el sujeto activo (el acreedor), el sujeto pasivo (el deudor) y el objeto del derecho (la prestación debida).

En todo caso debe recordarse que cuando existen derechos limitados parece siempre que el deber de abstención se concretara en el titular de la propiedad gravada y que en ciertos casos, determinadas personas son sujetos pasivos de deberes de contenido positivo frente al titular de un derecho real aunque sólo estén obligadas *propter rem*.

II. El objeto (inmediato) del derecho real es siempre una *cosa* específica y presente, y del derecho de crédito una *conducta* (prestación) del sujeto pasivo.

III. El derecho real implica fundamentalmente un *derecho de exclusión* frente a las demás personas mientras que el derecho de crédito consiste en poder exigir la *cooperación* de otra persona, razón por la cual se lo ha calificado como un derecho de unión.

Sin embargo, como ya se ha señalado, dentro del conjunto de facultades que confiere el derecho real pueden existir excepcionalmente facultades de exigir deberes de contenido positivo a ciertas personas aunque en tal caso las mismas, a diferencia de lo que ocurre con los derechos de crédito, no están determinadas *nominatim*.

IV. El derecho real es *absoluto* y el derecho de crédito, *relativo*. En consecuencia, mientras que el primero es eficaz "erga omnes", el segundo sólo lo es frente a personas determinadas, lo que se traduce en que el derecho real implica los derechos de *persecución* y de *preferencia* que no tiene el derecho de crédito. Sin embargo debe observarse que:

1°) Todos los derechos sean derechos reales o de crédito, deben ser respetados por todas las personas; y

2°) La eficacia *erga omnes* de los derechos reales en materia de inmuebles está limitada frente a determinadas personas si en su adquisición no se cumplieron las normas de publicidad registral y en materia

de muebles está severamente restringida conforme al encabezamiento del artículo 794 del Código Civil.

V. Sobre todo en materia inmobiliaria el campo de la *autonomía de la voluntad,* como ya se ha señalado, es menor en los derechos reales que en los derechos de crédito.

VI. En el Derecho romano los derechos reales a diferencia de los derechos de crédito no se adquirían por obra del simple consentimiento (que podía ser a lo más "título de adquisición") sino por ciertos actos ostensibles que se llamaban "modos de adquirir". Esa distinción ya no existe en nuestro Derecho en virtud del principio de la consensualidad en materia de transmisión de la propiedad u otro derecho; pero en cambio puede señalarse que ningún derecho de crédito se adquiere por ocupación ni por usucapión mientras que la propiedad (aunque no los demás derechos reales), puede adquirirse por ocupación y que la usucapión es modo de adquirir derechos reales (aunque no todos ellos).

VII. Se dice que el derecho real *de ordinario es perpetuo*, que su ejercicio no lo extingue sino que lo consolida (aunque siempre se extingue por el perecimiento de la cosa) y que, en cambio, los derechos de crédito son transitorios porque se extinguen cuando la prestación es satisfecha (aun cuando no siempre por el perecimiento de la cosa debida). Pero no es así, la perpetuidad característica del derecho de propiedad, no lo es de todos los derechos reales, algunos de los cuales incluso son esencialmente temporales.

Conexo con lo señalado se ha dicho también que los derechos reales, a diferencia de los derechos de crédito, no se extinguen por prescripción extintiva. Sin embargo, expresamente dispone la ley que *ciertos derechos reales se extinguen por el no uso prolongado, lo cual constituye una forma de prescripción extintiva.*

VIII. En principio, la *protección registral* sólo alcanza a los derechos reales y no a los derechos de crédito. Pero lo cierto es que ciertos derechos reales como la posesión carecen de toda protección registral y que los derechos reales sobre muebles también suelen carecer de ella

mientras que ciertos actos de efectos meramente obligatorios gozan de protección registral.

IX. Se ha dicho que no existen obligaciones sino obligación en el sentido de que por diversa que sea la fuente de los derechos de crédito ello no influye sobre la naturaleza, los efectos ni la extinción de la obligación mientras que los derechos reales son distintos los unos de los otros por muchos respectos. Sin embargo, no puede negarse que existen diversas clases de obligaciones sujetas a reglas legales específicas.

DERECHOS REALES IN FACIENDO *Y OBLIGACIONES* PROPTER REM

Como ya se ha dicho, excepcionalmente, hay casos de derechos reales que imponen a ciertos sujetos deberes de contenido positivo. En tales casos, según algunos autores, más que derechos reales puros y simples, se trata de relaciones complejas en las que existen obligaciones que son accesorias del derecho real o están ligadas o coordinadas con él, con la particularidad de que esas obligaciones recaen sobre el respectivo sujeto pasivo en razón de que éste es titular de otro derecho real sobre la cosa, y que para distinguirlas de todas aquéllas cuyo sujeto está determinado *nominatim* (o sea, que está personalmente obligado), se denominan "obligaciones *propter rem*". Otros autores sostienen que tales facultades del titular del derecho real constituyen simplemente un verdadero "derecho real *in faciendo*" que grava directamente la cosa y sólo mediatamente a su propietario, en tanto en cuanto éste se encuentra en relación con aquélla.

Sección segunda
LA POSESIÓN

CAPÍTULO X

INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA GENERAL DE LA POSESIÓN

NOCIONES GENERALES. DIFICULTADES DEL ESTUDIO DE LA POSESIÓN. NOCIÓN HISTÓRICA Y DE DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE POSESIÓN. FUNDAMENTOS DE LA PROTECCIÓN POSESORIA. NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN

NOCIONES GENERALES

I. Fundamentalmente la posesión consiste en una *situación o estado de hecho* del cual derivan consecuencias jurídicas que, de ordinario, vienen a proteger en mayor o menor medida esa situación o estado de hecho.

Si se emplea la palabra posesión en su sentido más amplio, puede decirse que posee aquél que de hecho actúa como titular de un derecho o atributo en el sentido de que, sea o no sea el verdadero titular, *de facto*, goza de las ventajas y soporta los deberes que normalmente corresponde gozar y soportar al titular del respectivo derecho o atributo. Es natural que semejante actuación cree la apariencia de que quien la realiza es el verdadero titular del derecho o atributo de que se trate. Así se comprende el aserto de que "la posesión es la imagen del derecho".

En ese amplio sentido se habla no sólo de la posesión de las cosas sino de la posesión de diversos derechos reales, de la posesión de herencia,

de la posesión de estado, de la posesión de créditos, etc. Pero, aun cuando en todas esas situaciones existen elementos comunes, los mismos son bastante limitados y en cambio son muy diferentes sus consecuencias jurídicas. Por lo tanto, si se quiere elaborar una teoría general de la posesión de amplio contenido, es necesario restringir la noción de posesión. Para ello conviene tomar como punto de partida el caso más antiguo de protección posesoria, que encierra el núcleo original y fundamental del concepto: la llamada *posesión de cosas*, que se da cuando una persona ejerce un dominio de hecho sobre una cosa, independientemente de que sea el propietario, o de que no lo sea. Así podemos tomar como punto de partida la idea de que la posesión es un *señorío o dominio de hecho* en el entendido de que si se la califica como una situación o estado de hecho es para destacar que no presupone la existencia previa de un derecho del poseedor, aun cuando una vez establecida esa situación o estado de hecho, de ordinario produce consecuencias jurídicas que la protegen en diversa medida o grado.

II. Indudablemente, la titularidad de la propiedad y de algunos derechos reales implican un derecho a la posesión (*ius possidendi*); pero no siempre el titular ejerce efectivamente esa facultad. En cambio, *la posesión no implica la titularidad del derecho de propiedad ni de ninguno de esos derechos reales ni tan siquiera la preexistencia de un derecho a poseer; pero, una vez que existe, la posesión confiere al poseedor una serie de facultades o derechos* (*ius possessionis*). En consecuencia, las esferas de lo *petitorio* y de lo *posesorio* son, en principio, completamente diferentes: ni la sola titularidad acredita posesión ni la sola posesión acredita titularidad. La titularidad podrá implicar el *ius possidendi*; pero es la posesión la que confiere el *ius possessionis*.

III. En la mayoría de los casos, quien de hecho ejerce el derecho es precisamente su titular, de modo que, de ordinario, la condición de titular del derecho y de poseedor se encuentran reunidas en la misma persona. Pero existen casos en los cuales quien de hecho ejerce el derecho no es su titular sino otra persona (que puede ser de buena o mala fe). Es precisamente entonces cuando se manifiesta la *autonomía* de la protección posesoria ya que en tal hipótesis es evidente que la tutela jurídica concedida al poseedor no deriva de su condición de propietario o

de titular de algún otro derecho real *sino exclusivamente de la posesión misma.*

DIFICULTADES DEL ESTUDIO DE LA POSESIÓN

I. EL HECHO Y SU MAGNITUD

Señala Castán que:

"Suelen los autores iniciar el estudio de la posesión ponderando sus dificultades, y efectivamente, el concepto y teoría de ella son los más complicados del Derecho Civil y han provocado abundantísima literatura.

"Hay sí —prosigue el autor citado— algunos puntos de coincidencia en la noción fundamental de la posesión como estado de hecho por el cual alguien tiene una cosa en su poder, y que es apariencia o imagen normal y natural del derecho de propiedad. Más cuando se trata de perfilar la idea y la institución desaparece enseguida el acuerdo".

Y con toda razón destaca De Ruggiero que:

"El concepto de la posesión es de aquellos en torno a los cuales más han trabajado los juristas de todos los tiempos; no hay materia que se halle más llena de dificultades que ésta, en lo que se refiere a su origen histórico, al fundamento racional de su protección, a su terminología, a su estructuración teórica, a los elementos que la integran, a su objeto, a sus efectos, a los modos de adquirirla y perderla".

II. PRINCIPALES CAUSAS

Entre las muchas causas que dificultan el estudio de la posesión las principales son:

1° La *historia* de la institución lejos de facilitar su estudio, la dificulta porque muestra grandes diferencias entre las diversas realidades

que se han denominado posesión y entre las distintas reglamentaciones posesorias. En particular puede señalarse en cuanto al concepto mismo de posesión que:

A) El concepto varió a través de distintas etapas de evolución del Derecho Romano.

B) La noción romana de posesión no coincide con la del Derecho Canónico ni con la del Derecho Germánico, las cuales tampoco son iguales entre sí. Y,

C) Las nociones modernas de posesión varían de una a otra legislación y en cada una de ellas es resultado de una combinación de elementos históricos muy diferentes.

2° También el *Derecho comparado* complica la materia. Los diversos legisladores generalmente denominan "posesión" a situaciones de hecho que la ley protege; pero como existen grandes discrepancias legislativas acerca de cuales son las situaciones de hecho dignas de protección jurídica, resulta entonces que la noción de posesión varía apreciablemente en las distintas legislaciones.

Por otra parte, como los efectos de la posesión son muy diversos, ocurre con frecuencia que la Ley considera que una determinada situación de hecho justifica uno o más de esos efectos, pero no todos. Entonces se recurre a denominar esa situación con un término distinto de la palabra posesión (por ejemplo, detentación); o se introducen una serie de clasificaciones de la posesión para atribuirle a cada categoría diferentes efectos (por ejemplo, posesión de buena fe y posesión de mala fe); o simplemente, se incurre en equívocos en el sentido de que aquello que se llama posesión en una disposición legal no coincide con lo que se llama posesión en otra.

3° La *doctrina moderna* no suele guardar correspondencia con los diversos Derechos positivos, ya que los expositores de la teoría de la posesión, sobre todo los más geniales, han fijado su atención en el Derecho Romano, mientras que los legisladores, como queda dicho, se han apartado de dicho Derecho y regulan la materia al margen del mo-

vimiento de los estudios doctrinales tanto por la distorsión romanista de éstos como por el efecto desalentador que producen sus innumerables polémicas.

4° Por último, contribuye a favorecer equívocos *el hecho de que la misma palabra "posesión" se emplea para designar, al menos, tres realidades intrínsecamente distintas:*

A) Ciertas situaciones de hecho jurídicamente tuteladas de determinada manera (por ej.: por medio de interdictos);

B) Otras situaciones que por su naturaleza intrínseca son diferentes de las anteriores; pero que han sido asimiladas a ellas en cuanto que el legislador les otorga la misma protección legal (por ej.: algunas situaciones en que puede encontrarse el heredero del poseedor aun cuando carezca de toda suerte de señorío o dominio de hecho); y,

C) Los derechos derivados de las dos clases de situaciones indicadas.

NOTICIA HISTÓRICA Y DE DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE POSESIÓN

I. DERECHO ROMANO

1° Orígenes

En un principio probablemente, "propiedad" y "posesión" eran consideradas como una misma cosa: el hecho, la apariencia del derecho, debió ser el derecho mismo. Con el tiempo apareció la distinción; pero, a pesar de la intensa investigación realizada, todavía no sabernos con seguridad ni como se llevó a cabo en Roma la diferenciación neta entre las nociones de posesión y propiedad, "el hecho y el derecho"; ni cual fue el origen de los interdictos posesorios, la forma más típica de proteger la posesión.

En cambio, en las etapas plenamente conocidas del Derecho Romano, cuando surge la propiedad quiritaria y cuando, frente a ella,

se comienza a tutelar la posesión en forma autónoma, o sea, independientemente de que el poseedor fuera propietario o no lo fuera, ambas instituciones aparecen perfectamente separadas y así mismo basadas en principios totalmente diferentes hasta el punto de que Ulpiano pudo decir que "Nada en común tiene la propiedad con la posesión" (*Nihil commune habet propietas cum possessione*).

Sin embargo, como veremos, el concepto romano de posesión siempre adoleció de falta de claridad y de unidad sistemática.

2° *Concepto*

A) Siendo discutible y discutida la etimología de *possideo* y de *possessio*, ambas voces parecen derivar del verbo *sedere*, sentarse, estar sentado, y del prefijo *pos* que refuerza el sentido. Así *possidere* significará "establecerse" o "estar establecido". Posiblemente, el prefijo "pos" que viene de *pot* (*pot-sum, potens*), llevaría en sí la idea de poder, muy en concordancia con la concepción romana de la posesión.

Pero, en todo caso, *possidere* significaba para los romanos tener una cosa en el propio poder o, dicho en fórmula más explícita, tener un poder de hecho sobre la cosa que permita disponer de ella en la totalidad de sus relaciones y con exclusión de las demás personas así como la intención de mantenerse en esa relación inmediata o independiente con la cosa. Es pues *possessio*, un poder o señorío entendido como una relación de hecho entre la persona y la cosa; *señorío que expresa lo que es contenido normal de la propiedad y que se manifiesta exteriormente como el ejercicio de hecho de la misma.*

B) No fue extraño a los romanos un concepto más amplio de posesión que incluía la mera detentación o poder de hecho sobre la cosa; pero la posesión propiamente dicha, única a la que se atribuían efectos jurídicos de importancia, exigía dos elementos: uno *material o físico*, el poder de hecho sobre la cosa, y otro, *psíquico o intelectual*, la voluntad de tener la cosa sometida a la propia disposición y a la satisfacción de los propios fines. Para aludir al primer elemento se empleaban las expresiones

tenere, detinere in possessione esse, naturaliter possidere o *corporaliter possidere*. De allí los términos *naturalis possessio* o *corporalis possessio* y la frase *corpore possidere*, de donde la terminología escolástica derivó el término *corpus* para designar el señorío de hecho sobre la cosa. Por otra parte, el elemento psíquico era denominado *animus domini* o *animus rem sibi habendi*.

Así pues, si la relación fáctica con la cosa no iba unida a la correspondiente intención de tenerla sujeta, no existía sino la detentación, una *naturalis possessio*, improductiva, o mejor dicho, casi improductiva de efectos jurídicos. El punto de partida romano fue pues, no la relación material entre hombre y cosa, sino un "poder" porque la posesión era originariamente en la conciencia del antiguo pueblo, como señala Bonfante, "señorío", "dominación".

C) El concepto romano de posesión antes expresado, limitaba su ámbito. Si la posesión era el señorío ilimitado e independiente cuya actuación externa sobre la cosa representaba como poder de hecho lo que en la propiedad era un poder jurídico y si los romanos sólo conocieron la propiedad de las cosas corporales, se explica: a) que los romanos sólo concibieran la posesión de las cosas corporales y b) que además, excluyeran del concepto de posesión, no sólo las relaciones que como los derechos de crédito, no tienen por objeto inmediato las cosas, sino también el ejercicio de hecho de poderes menos plenos o autónomos, como son los poderes que constituyen el contenido de los derechos reales en cosa ajena (usufructo, servidumbre, etc.), ya que en estos casos no puede decirse que el hombre tiene señorío ilimitado e independiente sobre la cosa.

No obstante, como además de poder ejercer una potestad de hecho que abarque la cosa en todas sus relaciones, el hombre puede ejercer una potestad de hecho *circunscrita a una relación especial que coincida con el contenido de un determinado derecho real en cosa ajena*, como el usufructo o una servidumbre, se fue reconociendo la existencia de una suerte de posesión cuyo objeto no era la cosa misma sino un derecho y que se llamó *iuris possessio* o *quasi possessio*. Por supuesto, también

en ésta se distinguían dos elementos constitutivos: el físico, o sea, una relación de hecho con la cosa que asegurase su disposición dentro de los límites del correspondiente derecho (usufructo, servidumbre, etc.), y el psíquico, o sea, la voluntad de mantenerse en aquella relación con la cosa a fin de destinarla en esa especial relación —no en la totalidad de sus relaciones— a la satisfacción de fines propios. De esta manera, así como el ejercicio de hecho de un señorío general e independiente sobre la cosa, tal como el que jurídicamente corresponde a la propiedad, constituía la *possessio*; así, el ejercicio de hecho de un señorío particular y dependiente como el que jurídicamente corresponde a un derecho real en cosa ajena, llegó a constituir la *iuris possessio* o *quasi possessio*.

D) Pero prescindiendo por ahora de la *quasi possessio*, hemos de volver sobre la idea de que el *animus* es lo que convierte a la detentación en posesión elevándola del rango de mera relación de hecho casi improductiva de efectos jurídicos, a la categoría de una relación capaz de producir numerosos e importantes efectos jurídicos. En realidad no debe pasarse por alto el hecho de que en torno a este punto central existen vivas discusiones y dos teorías de capital importancia: la teoría clásica, subjetiva o de la voluntad, desarrollada principalmente por Savigny, y la teoría moderna u objetiva iniciada por Ihering.

a) La *teoría subjetiva*. Para Savigny la posesión está integrada por dos elementos: *corpus* y *animus* siendo este último el característico de la posesión y el que transforma la detentación en posesión. El *animus* es la voluntad de tener la cosa para sí, la intención de ejercer la propiedad, por lo cual el *animus possidendi* se identifica con el *animus domini* y se contrapone al *animus detinendi* que es propio del detentador. Este, no teniendo o no pudiendo tener, la intención de tratar la cosa como propia (por ej.: porque él mismo la ha recibido en arrendamiento, comodato o depósito), la posee para otro (*nomine alieni*) quien es el verdadero poseedor (en los ejemplos indicados, el arrendador, comodante o depositante).

De acuerdo con Savigny, sólo la posesión era protegida por los interdictos. Pero, en realidad, el acreedor pignoraticio, el secuestratario y el precarista, que según la definición de Savigny debían ser conside-

rados detentadores, gozaban de protección interdictal. Para resolver la objeción, Savigny recurrió al concepto de *posesión derivada*: el poseedor originario podía transferir a otra persona su posesión, o sea, no sólo la mera detentación sino también la posesión que gozaba de protección interdictal. Así esas tres figuras anómalas en el sentido de que desprovistas del *animus domini* eran protegidas interdictalmente como verdaderas posesiones, fueron explicadas por Savigny como tres casos de posesión derivada para salvar el principio de que sólo la posesión era protegida por interdictos.

b) La *teoría objetiva*. Ihering niega que la existencia de la posesión requiera un *animus* calificado; y mucho menos un animus domini. Reconoce que la posesión requiere un elemento intencional; pero afirma que ese elemento no es específico de la posesión ya que la mera detentación también supone una voluntad sin la cual sería un caso de simple yuxtaposición local, como cuando a una persona dormida se le pone algo en la mano. Igualmente afirma que el elemento intencional no es distinto ni independiente del *corpus*: el *animus* es el propósito del poseedor de servirse de la cosa para sus necesidades y el *corpus*, la exteriorización de ese propósito.

Así, según Ihering, para que exista posesión basta la relación material con la cosa acompañada de la intención de querer mantener esa relación. En consecuencia, por regla general, toda detentación es posesión y goza de protección interdictal. Sin embargo, excepcionalmente, el Derecho le niega dicha protección debido a la *causa possessionis*, o sea, según la relación que media entre quien tiene la cosa en su poder y la persona de quien la obtuvo. Así se niega la protección cuando esa causa revela que la cosa es tenida *en interés ajeno y no propio, o es de tal clase que no puede considerarse como digna de protección directa.* En tales hipótesis, *la causa degrada la posesión* y la reduce a una relación de mera detentación desprovista de protección interdictal. Tal es el caso del depositario, comodatario, mandatario y arrendatario. Siendo así, en el plano procesal, al demandante le basta probar el "corpus" y es a su contradictor a quien incumbe la carga de probar, si fuere el caso, que aquella situación, en razón de su causa, es de las que la ley no protege interdictalmente.

II. DERECHO GERMÁNICO

1° La posesión, la propiedad y los demás derechos sobre las cosas en los Derechos germánicos medioevales estaban englobados dentro de una institución única: la *Gewere*. Esta palabra, etimológicamente, significa "vestidura" o "investidura". Primitivamente, designó el acto por medio del cual se transmitía el señorío jurídico sobre los inmuebles y que consistía en la toma de posesión de los mismos. Después, la misma palabra designó también todo poder que se adquiría y tenía sobre las cosas (muebles o inmuebles), incluida la posesión misma.

De acuerdo con Rossi, la *Gewere* comprendía *toda relación entre una persona y una cosa que gozara de tutela jurídica* (interdictal o no). En la *Gewere* no hay, por supuesto, diferencia entre posesión y detentación. El término se aplica tanto a las cosas como a los derechos. Pero aun cuando, en principio, la *Gewere* se manifiesta siempre como un señorío de hecho sobre una cosa, ese señorío se basa en elementos que varían según los casos: tiene posesión de las cosas muebles, quien las "detenta"; de los fundos quien los "goza", y sobre los derechos, quien los "ejerza". En materia inmobiliaria, el goce podía ser inmediato (la percepción de frutos naturales), o mediato (la percepción de pensiones, servicios personales o diezmos en razón del fundo).

No obstante, importa destacar que como en Derecho germánico la *Gewere siempre implicaba una apariencia y presunción de titularidad,* el señorío de hecho no constituía *Gewere* cuando notoriamente era ejercido sin derecho. Aún más, a la inversa, se llegó a admitir en materia inmobiliaria la existencia de una *Gewere* ideal cuando, a pesar de no haber goce mediato o inmediato, existían circunstancias que creaban una apariencia de hecho tan visible como el propio señorío de hecho.

2° Por otra parte, la *Gewere* producía tres clases de efectos regulados en forma distinta según la clase de *Gewere*: servía para la defensa del derecho (eficacia defensiva), para facilitar su ejercicio (eficacia ofensiva) y para la transmisión del mismo (eficacia translativa). En este último aspecto, debe destacarse que la transmisión de la propiedad u otro derecho real carecía de eficacia sin la transmisión de la *Gewere*. A su vez,

transmitida la *Gewere*, aún cuando el enajenante no fuera propietario, el adquirente quedaba muy protegido: en materia de muebles, el *verus dominus*, originariamente, no podía accionar contra dicho adquirente y en materia de inmuebles, la situación del adquirente se hacía inatacable si llegaba a adquirir la "*Gewere* jurídica" (o sea la *Gewere* nacida de ciertas formas de adquisición pública de la *Gewere* y que hubiera durado al menos un año y un día sin ser impugnada). Así pues, la *Gewere* tuvo en el Derecho germánico un efecto legitimador que no tuvo la "posesión" en el Derecho romano.

3° El Derecho germánico amplió la concepción romana pues extendió la protección posesoria, en principio, a todo detentador.

III. DERECHO CANÓNICO

La generalizada tendencia medioeval de extender el ámbito de la protección posesoria fue maravillosamente secundada por el Derecho Canónico. Éste, ante las expoliaciones que frecuentemente ocurrían en la época, sintió la necesidad de amparar numerosas relaciones que ni siquiera había conocido el Derecho romano, tales como los diezmos, oficios y dignidades eclesiásticas, etc.

Sintéticamente expresado, puede decirse que el Derecho Canónico contribuyó al perfeccionamiento de la teoría posesoria e influyó notoriamente en las legislaciones modernas especialmente en dos aspectos:

1° Extendió el reconocimiento jurídico de la posesión mucho más allá de las cosas corporales ampliando considerablemente la doctrina romana de la *iuris possessio* o *quasi possessio*. En efecto, progresivamente, el Derecho Canónico, extendió la protección posesoria a los oficios y dignidades eclesiásticas, diezmos, estado matrimonial y en general, a los derechos honoríficos, a los derechos de familia y al estado civil. Así, la *tendencia* fue extender la noción de posesión y la protección correspondiente, a toda clase de derechos susceptibles de ejercicio continuado (aun cuando existan divergencias acerca del grado en que dicha tendencia se hizo efectiva).

2° Por otra parte, el Derecho Canónico extendió la protección contra el despojo —no sólo contra la simple perturbación posesoria— hasta el mero detentador si bien con algunas excepciones.

IV. CODIFICACIÓN MODERNA

El Derecho de nuestra época en materia de posesión constituye una combinación de principios romanos, germánicos y canónicos. Básicamente pueden distinguirse dos grandes orientaciones que se diferencian sobre todo por el grado de acogida que tiene en ellas el concepto romano de posesión.

La primera orientación es seguida por las legislaciones latinas que, en principio, responden a la concepción romana tal como la entendió Savigny, si bien aceptan correctivos y complementos de origen germánico y canónico que, a veces, oscurecen y rompen la armonía de sus normas sobre la materia.

La otra orientación está representada por las legislaciones alemana, suiza, japonesa, brasilera y mexicana que han escogido la concepción germánica de posesión si bien adoptan también numerosas ideas de origen romano. Dentro de esta corriente, en principio, se elimina el *animus* como el elemento específico de la posesión y se equiparan posesión y detentación; pero luego, de una manera u otra, se declara que no son poseedores ciertas personas que detentan las cosas en determinadas condiciones.

V. PERSPECTIVAS

La posesión conserva y parece que conservará gran importancia respecto de los bienes muebles, al menos en la medida en que éstos no sean objeto de un sistema registral. En efecto, a falta de registro, la posesión es el mejor indicador de que pueden disponer los terceros para inferir quien es el verdadero titular de la propiedad u otro derecho real sobre dichos bienes. En cambio, en materia inmobiliaria *la apariencia del derecho*

puede ser dada con más facilidad y ventajas por el hecho de que la persona tenga un documento registrado a su favor. Sin embargo, todavía están en minoría las legislaciones que dan al registro inmobiliario efectos tan decisivos como para que la posesión de los inmuebles haya perdido su importancia.

FUNDAMENTOS DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

I. PLANTEAMIENTO

Desde tiempos muy remotos y en los más diversos lugares, el Derecho ha protegido y protege la posesión independientemente de que corresponda o no corresponda al titular del derecho e incluso contra este titular. Este hecho al parecer tan ilógico, pero al mismo tiempo tan universal, ha preocupado a los juristas quienes han elaborado numerosas teorías para explicar el fundamento de la protección de la posesión.

II. TEORÍAS

1° Clasificación

Ihering clasificó las diversas teorías que pretenden señalar la razón de ser de la tutela legal de la posesión, en teorías absolutas y relativas, según que justifiquen dicha protección en la posesión considerada *en sí misma,* o en consideraciones o instituciones *extrañas* a la posesión.

2° Teorías absolutas

Dentro de esta categoría merecen señalarse al menos dos:

A) *La teoría de la inviolabilidad de la voluntad,* defendida especialmente por *Gaus,* según la cual se protege la posesión por el hecho de que ésta es *voluntad de tener las cosas.* Si la protección de la propiedad es mayor que la protección de la posesión ello se debe a que la propiedad es la voluntad de tener las cosas por efecto tanto de la voluntad particular

(del propietario) como de la voluntad universal (de la ley), mientras que la posesión es la voluntad de tener las cosas sólo por efecto de la voluntad particular (del poseedor); pero, en ambos casos, lo que se protege es siempre voluntad incorporada a la materia. Molitor, Lenz, Windscheid y otros siguen más o menos la misma orientación, aun cuando no comparten la fundamentación hegeliana con que Gaus expone su teoría.

Muy cercana es la concepción de Bruns según el cual "el hombre en virtud de su personalidad tiene derecho sobre las cosas y así al tomarlas con voluntad de dueño adquiere la propiedad de ellas si a nadie pertenecen y, caso contrario, adquiere un derecho de rango inferior que es la posesión"; y

B) *La teoría de Sthal* quien señala que resulta necesario proteger la posesión porque ésta constituye la manera como el hombre logra satisfacer sus necesidades mediante las cosas.

3° Teorías relativas

Dentro de esta categoría pueden señalarse entre otras las siguientes:

A) *Teorías que fundamentan la protección posesoria en la prohibición de la violencia.* Con distintos matices se encuentra esa idea central en varios autores:

a) De acuerdo con *Savigny* el motivo de la protección posesoria viene a ser un *motivo jurídico privado*, ya que considera que esa protección obedece a la idea de que la perturbación posesoria es un delito civil contra la persona del poseedor.

b) De acuerdo con *Rudorff* el motivo es un *motivo jurídico público*, ya que para él la perturbación posesoria es un atentado contra el ordenamiento jurídico. En efecto, si quien pretende ser el verdadero titular del derecho poseído por otro, pudiera actuar directamente contra el poseedor, se estaría consagrando una forma de hacerse justicia por sí mismo, contraria al interés de la paz social que exige que las situaciones de hecho no puedan alterarse sin la intervención de la autoridad competente.

B) *Teoría de Thibaut.* De acuerdo con este jurista la protección del poseedor deriva del principio general de que nadie puede vencer jurídicamente a otro (en concreto, al poseedor), si no tiene motivos preponderantes en los cuales fundamentar su pretensión.

C) *Teoría de la prerrogativa de la probidad.* Según *Röder* y sus seguidores la razón de proteger al poseedor es la consideración de que, hasta prueba en contrario, debe suponerse la probidad de todos y que, por tanto, si alguien actúa como poseedor, hasta prueba en contrario debe considerarse que lo hace porque tiene derecho a ello. Por ende, la protección posesoria es en principio provisional y está sujeta a desaparecer si en un juicio petitorio se demuestra que el poseedor no tiene el derecho correspondiente.

D) *Teorías que vinculan la protección posesoria a la protección de la propiedad.* Dentro de este grupo pueden distinguirse diferentes órdenes de argumentación:

a) Desde tiempos antiguos hay autores que arguyen que la posesión hace presumir la propiedad y que, por lo tanto, la protección de la posesión se justifica como la protección de la *propiedad probable.*

b) Otros autores como el nombrado Gaus, puesta la mirada en la usucapión, señalan que la posesión se protege porque es la *propiedad que comienza.* Y,

c) Ya Ihering señalaba que la protección posesoria es el *complemento de la protección de la propiedad* en el sentido de que, como en la inmensa mayoría de los casos el poseedor es el propietario, la protección acordada al poseedor tiene por función facilitar la prueba al propietario quien, si no fuera así, frecuentemente se encontraría con que en la vida práctica, muchas veces su derecho quedaría invalidado por las dificultades de poder probarlo. En el fondo pues, la protección posesoria vendría a ser, en términos generales, la ventaja procesal concedida al propietario de arrojar sobre los demás la carga de la prueba.

4° *Conclusiones*

No todas las teorías expuestas son contradictorias, de modo que admitir una no implica ni mucho menos rechazar todas las demás. Pero resulta evidente que algunas teorías parecen explicar fundamentalmente algunos efectos de la posesión y no otros; así como es evidente que algunas teorías tienen más vigencia en relación con ciertos ordenamientos jurídicos que con otros.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN

I. TEORÍAS

Ya en Roma se discutía si la posesión era *un simple hecho,* como sostenía Paulo, *o un derecho,* como opinaba Papiniano. Con el tiempo ha continuado la polémica y se han multiplicado las opiniones:

1° En su tiempo, Pothier y los antiguos romanistas, modernamente romanistas como Ferrini y Bonfante junto con civilistas como Baudry-Lacantinerie, Aubry y Rau, y Planiol y Ripert, *coincidían en sostener que la posesión es un simple hecho ya que consiste en situaciones materiales y es protegida independientemente de la titularidad del derecho cuya apariencia crea.* Así, se insiste en contraponer la posesión como hecho frente a la propiedad y demás derechos precisamente como derechos.

2° Otros autores como Puchta, Bekker y Ihering, Laurent, Ferrara, Chirorú, Tartufari y Dusi, *afirmaban que la posesión es una relación tutelada por el ordenamiento jurídico y que, en consecuencia el poseedor tiene un derecho subjetivo,* aunque se trate de un derecho debilitado en el sentido de que el titular de otro derecho puede vencerlo en juicio petitorio.

3° No faltan autores para quienes *la detentación tiene carácter de mero hecho mientras que la posesión propiamente dicha es un derecho.* Esta teoría creada por algunos glosadores tuvo sus partidarios en el antiguo derecho francés y los tiene sobre todo entre algunos romanistas modernos.

4° Una importante corriente sostiene que la *posesión tiene un doble carácter.*

A) En este sentido *Savigny* destacaba que la posesión *nacía* de una situación de hecho, pero que al propio tiempo *era* una situación de derecho porque producía consecuencias jurídicas; porque, a veces esas consecuencias se producían sin que existiera la mencionada situación de hecho y porque, otras veces, no se producían a pesar de que se daba la susodicha situación de hecho.

B) *Wolff*, por su parte, hace la distinción en los siguientes términos: a) la posesión es *situación de hecho* cuando se la entiende como señorío de hecho sobre una cosa o como otra situación que la ley asimila al señorío de hecho en cuanto que le confiere la misma protección, mientras que b) la posesión es *situación de derecho* cuando se entiende por posesión los derechos derivados de las situaciones antes referidas.

C) Para *Messineo* la posesión nace en virtud de una situación de hecho que inmediatamente se convierte en una relación a la cual debe reconocérsele el carácter de relación de derecho porque produce consecuencias jurídicas. Afirma, asimismo que *la posesión es uno de los derechos subjetivos ya que si fuera un simple hecho no conferiría a su titular ningún poder jurídico ni sería transferible ni serviría de fundamento para intentar acciones.*

La particularidad de la posesión, de acuerdo con Messineo, está pues, no en ser un simple hecho, *sino en ser un derecho subjetivo de naturaleza interina o provisional y que, generalmente, subsiste o se extingue en función de su ejercicio actual* (en el sentido de que, de ordinario, subsiste mientras se la ejerza y se extingue cuando se deja de ejercer).

II. CONCLUSIONES

Hasta donde lo permite la dificultad de la materia pueden proponerse las siguientes conclusiones:

1° Es necesario comenzar por destruir los equívocos que derivan de la multivocidad de la palabra posesión y tener siempre presente que el

mismo término se utiliza para aludir al menos a tres realidades distintas vinculadas entre sí: a) *el señorío de hecho jurídicamente protegido,* b) *diversas situaciones que aun cuando no constituyan señorío de hecho reciben la misma protección legal* que dicho señorío y c) *las consecuencias jurídicas derivadas* del señorío de hecho y de las situaciones que se le asimilan. En el fondo, si se quiere, *esa trilogía puede reducirse a dos términos: el hecho posesorio* (señorío de hecho y situaciones asimiladas) y *consecuencias jurídicas posesorias,* o si se prefiere, la posesión como hecho y la posesión como derecho.

2° Tanto el hecho posesorio como las consecuencias jurídicas posesorias presentan peculiaridades que oscurecen el análisis de la cuestión examinada.

A) El hecho posesorio *es un "estado"* en el sentido de que es una situación continua y duradera. Así, por regla general, al cesar el hecho posesorio, cesan sus consecuencias jurídicas, a diferencia de lo que ocurre con otros hechos que, aun cuando sólo sean instantáneos, producen efectos que los sobreviven.

B) La principal consecuencia jurídica del hecho posesorio *es precisamente el mantenimiento y restablecimiento de dicho hecho posesorio,* de modo que el hecho posesorio es fuente de sus consecuencias jurídicas (se protege al poseedor precisamente por cuanto posee) y, a su vez, es su consecuencia más típica en el sentido de que la misma consiste en conferir al poseedor la facultad de mantener o restablecer el hecho posesorio cuando haya mediado perturbación o despojo.

C) Las consecuencias jurídicas que por general produce el hecho posesorio *no están rígidamente vinculadas al hecho posesorio:* a veces se producen sin él y a veces pueden subsistir a su desaparición.

3° Es evidente que el *hecho posesorio* concebido como el supuesto de las consecuencias jurídicas posesorias, es un hecho y no un derecho subjetivo. En cambio, *las consecuencias jurídicas posesorias* como consisten en un conjunto de facultades que se atribuyen al poseedor, tienen el carácter de derecho subjetivo.

4° La naturaleza del derecho subjetivo que es la posesión entendida en el sentido de consecuencias jurídicas posesorias, requiere ser precisada:

A) Savigny sostuvo que se trataba de un *derecho personal* porque partía del supuesto de que la protección posesoria era una defensa de la personalidad del poseedor frente a quien con su agresión (por ejemplo, con su perturbación posesoria o despojo), había cometido contra él un hecho ilícito. Pero si se analiza la naturaleza de las facultades atribuidas al poseedor se llega a la conclusión de que su derecho presenta los caracteres de un *derecho real* aun cuando *de un tipo particular* que lleva a los autores a calificar a la posesión de diversas maneras: derecho "precario" (Von Thur), "provisorio y de energía limitada" (Ferrara), o, simplemente "provisional" (Wolff).

B) Al tratar de precisar esa particularidad de la posesión entendida como derecho, se suele indicar que la misma radica en que es un derecho que nace normalmente de un estado de hecho y normalmente se extingue con él o cuando se le declara en contradicción con el Derecho. Pero no debe caerse en el extremo de creer que es el único caso de derecho nacido de un estado de hecho (la propiedad puede nacer así) o que se extingue cuando desaparece el hecho de su ejercicio (el usufructo y otros derechos reales se extinguen por el no uso). La peculiaridad específica de la posesión es su típica *provisionalidad,* y radica en que se trata de un derecho que se extingue cuando se le declara en conflicto con el Derecho, o dicho en otra forma, en que se trata de un derecho real que puede encontrarse en conflicto con la propiedad u otros derechos reales, los cuales son capaces de desplazarlo.

CAPÍTULO XI

LA POSESIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO: POSESIÓN Y DETENTACIÓN

UBICACIÓN DE LA MATERIA EN EL CÓDIGO CIVIL. DEFINICIÓN LEGAL DE POSESIÓN. LA DETENTACIÓN: CONCEPTOS, CARACTERES Y CASOS.

UBICACIÓN DE LA MATERIA EN EL CÓDIGO

1° A semejanza del Código Italiano de 1865, nuestro Código Civil, regula la posesión al final del Libro II, después de haber reglamentado la propiedad y la mayoría de los derechos reales en cosa ajena. En ello supera al Código Napoleónico y al Español. En efecto, aquel trata de la posesión al regular la usucapión como si ésta fuera el único efecto de la posesión o el más típico, mientras que el Código Español regula la materia después de la propiedad y antes de los derechos reales en cosa ajena siendo así que la posesión puede referirse a estos derechos.

Muy diferente es la sistemática del B.G.B. que inicia el Derecho de las Cosas con la reglamentación de la posesión para proseguir con la propiedad y otros derechos reales, mientras que el Código Civil Suizo reúne a la posesión y al registro inmobiliario después de haber dictado sus normas sobre propiedad y otros derechos reales.

2° El vigente Código Civil Italiano no sólo regula la posesión al final del Libro de los derechos reales sino que alcanza una mayor agrupación de las normas sobre posesión porque trata como efecto de ésta la usucapión o prescripción adquisitiva separándola de la prescripción extintiva de los derechos. Nuestro Código en cambio reglamenta la usucapión junto con la prescripción extintiva y separadamente de la posesión.

DEFINICIÓN LEGAL DE POSESIÓN

Nuestro Código define la posesión así: "*La posesión es la tenencia de una cosa, o el goce de un derecho que ejercemos por nosotros mismos o por medio de otra persona que detiene la cosa o ejerce el derecho en nuestro nombre*"(C.C. art. 771).

A propósito de esa definición, tomada del Código Napoleónico, caben, al menos, dos observaciones:

I. De *la letra de la Ley parecería inferirse que los actos que constituyen la posesión semejan, sea el ejercicio del derecho de propiedad,* caso en el cual se hablaría de "posesión de cosas", *sea el ejercicio de otro derecho,* caso en el cual se hablaría de "posesión de derechos". *Pero esa distinción,* correlativa a las nociones romanas de *possessio* y *quasi possessio, no tiene verdadera razón de ser* porque tanto en la "posesión de cosas" como en la "posesión de derechos", lo que ocurre es que de hecho se ejercen sobre una cosa las facultades propias de un derecho, sea éste la propiedad u otro derecho distinto.

II. *Nuestro Código al definir la posesión no menciona explícitamente el elemento "animus"*, lo que parecería implicar que nuestro legislador no toma el punto de partida típico de la teoría subjetiva sobre la posesión, que es la neta distinción entre posesión y detentación. Ello, a su vez, resulta desconcertante cuando se sabe que el conjunto de nuestras normas legales sobre posesión se fundamenta en esa teoría subjetiva[1]. Así, *prima facie*, parecería que no queda sino la alternativa de admitir lisa y llanamente que nuestra definición legal de posesión es incompleta o que nuestro legislador rompió la unidad del sistema subjetivo al acoger la teoría objetiva precisamente para definir la posesión. Sin embargo, un análisis más profundo lleva a otras conclusiones.

---

1. El hecho es tan evidente que la C.S.J. en sentencia de 22-XI-72 ni siquiera creyó necesario argumentar su afirmación de que la posesión comprende no sólo el *corpus* sino también el *animus* (Gac. For., 2a etapa, N° 78, p. 437).

En esta última hipótesis, afirma Savigny, el poder de hecho produce los efectos posesorios, no en favor de quien tiene la cosa, puesto que éste carece de la intención de tenerla para sí, sino en favor de la persona en cuyo nombre posee.

Así pues, la detentación se distinguiría de la posesión en que carece de "animus". El detentador tiene el *corpus*, pero no el *animus* de la posesión; no le falta la intención de mantener una relación de hecho con la cosa; pero no tiene la intención de tener la cosa para sí sino en nombre de otra a quien reconoce mejor derecho.

2° Para evitar confusiones es necesario aclarar que *la detentación no constituye el ejercicio de un poder de representación.* El campo más característico de la representación es el negocio jurídico mientras que el campo de la detentación es la posesión. Por ello, aun cuando se diga que el detentador actúa "en nombre de otro", su actuación no consiste en una declaración de voluntad hecha en ejercicio del poder de representación sino en el cumplimiento del *corpus* posesorio, independientemente de que se tenga poder de representación o se carezca de él. Por ello es más exacto hablar de "mediación posesoria" que de "posesión en nombre de otro". Cuando alguien posee en nombre de otro lo que ocurre es que ese "otro" en vez de tener una posesión inmediata posee a través de un mediador. Este mediador dentro de nuestro sistema, en principio, no es un poseedor sino un detentador.

Si se dice que el detentador posee "en nombre de otro" y hasta se habla impropiamente de "representación posesoria" es porque en la detentación se da el fenómeno de que mientras una persona ejerce el poder de hecho de la posesión, otra es la que aprovecha sus consecuencias jurídicas, a semejanza de lo que ocurre en la representación propiamente dicha donde el acto realizado por una persona produce sus efectos respecto de otra.

3° Pero, como se ha dicho, dado que en nuestro Derecho existe tanto la llamada posesión de cosas como la de derechos, *el detentador puede ser al mismo tiempo poseedor, aunque bajo distintos conceptos.* Así, repetimos, quien de hecho mantiene con la cosa la relación propia

de un usufructuario sin reconocer que otro tenga mejor derecho a ese usufructo, pero reconociendo que otra persona es la propietaria de la cosa, es detentador de la cosa (*rectius* de la propiedad) y poseedor del usufructo, o si se quiere tiene la cosa en nombre de otro y ejerce el derecho de usufructo en nombre propio.

II. CARACTERES

1° La detentación se inicia *en virtud de un título que por su naturaleza es apto para autorizar el ejercicio de un poder de hecho sobre la cosa; pero que, al mismo tiempo, impone el deber de restituirla a una persona determinada "nominatim" a quien, por lo tanto, se le reconoce implícita o explícitamente "mejor derecho".*

A) El título *puede ser de diversa naturaleza:* un contrato como el comodato, depósito o arrendamiento; una decisión judicial como la que pone la cosa embargada en manos de un depositario; una norma legal como la que faculta al representante legal de un menor para ejercer poderes de hecho sobre los bienes de éste; etc.

B) No es necesario que en el caso concreto el título autorice realmente el ejercicio del poder de hecho sobre la cosa; basta con que *por su naturaleza sea apto para ello* aun cuando en un caso concreto no produzca efecto por tener un vicio cualquiera.

C) En cambio es indispensable que *el título imponga el deber de restituir a una persona en particular,* o sea a una persona determinada *nominatim* (por ejemplo, a la contraparte que le entregó la cosa como comodante, a la persona que le señale el Tribunal al depositario judicial, etc.). No bastaría pues, que quien tuviera la cosa estuviera en el deber genérico de devolvérsela a "su dueño", ya que ese deber también lo tiene el poseedor que no sea propietario o titular del derecho de que se trate.

D) Es obvio que si el título impone el deber de restituir a alguien en particular, expréselo o no se lo exprese, ello implica reconocer a esa persona "mejor derecho" porque, *si no fuera así, el título no impondría la restitución.*

E) No es completamente exacto afirmar que la detentación constituye el ejercicio de un "poder de derecho" porque si bien la detentación siempre se inicia en virtud de un título que por su naturaleza legitima el ejercicio de un poder de hecho, no sólo puede ocurrir que en el caso concreto el título adolezca de un vicio que le impida producir ese efecto, sino también que el detentador, sin dejar de serlo, ejerza el poder de hecho extralimitando las facultades que le confiere su título. Tal sería el caso, por ejemplo, del comodatario que siguiera en el uso de la cosa después de vencido el plazo del préstamo o para un fin distinto del señalado en el contrato.

2° *La detentación es una situación perpetua en el sentido de que por más que se prolongue, el solo transcurso del tiempo no hará que la detentación deje de ser detentación.* Dicho en otros términos, la detentación no lleva en sí una causa de extinción por razón del tiempo.

En cambio, la detentación no es perpetua en el sentido de que implique necesariamente el ejercicio perpetuo de un poder de hecho. Quien ejerció el poder de hecho sobre la cosa durante los seis meses por los cuales la arrendó y al cabo de los cuales la restituyó al arrendador, fue detentador durante esos seis meses, aunque posteriormente dejó de serlo. Lo importante es que aún cuando prolongara el ejercicio de ese poder de hecho (con el consentimiento del arrendador o sin él), por larga que fuera esa prolongación, nunca bastaría el solo transcurso del tiempo para que dejara de ser detentador y menos aún para que llegara a convertirse en poseedor. Es más, la detentación pasa a los causahabientes a título universal conservando su carácter de detentación (argumento: C.C., art. 1961 en relación al artículo 1953 *eiusdem*).

No obstante lo expuesto, es posible, como veremos, que un poder de hecho que se inicie como detentación se transforme luego en posesión.

3° Como se acaba de señalar, la detentación *puede transformarse en posesión*; pero para ello no basta ni el solo transcurso del tiempo ni tampoco la sola voluntad del detentador sino que es necesario que ocurra la *llamada conversión de la posesión o la interversión del título.*

A) La imposibilidad de que el detentador por su sola voluntad pueda convertirse en poseedor resulta de la famosa regla —enunciada al regularse la usucapión— de que "Nadie puede prescribir contra su título, en el sentido de que nadie puede cambiarse a sí mismo la causa y el principio de su posesión" (C.C., art. 1963, encab.). Así quien comenzó siendo detentador (poseedor en nombre de otro), no puede por sí mismo cambiar la causa y el principio de su posesión para pretender que ahora posee para sí.

B) La *conversión* ocurre cuando el poseedor y el detentador de mutuo acuerdo convienen en que éste asuma la condición de poseedor. Así, por ejemplo, si el arrendatario que tiene la cosa en su poder compra al arrendador la cosa arrendada, ese contrato entre arrendador y arrendatario tiene la virtualidad de cambiar la causa de la "posesión" del arrendatario y, por ende, de convertirlo en poseedor propiamente dicho[2].

C) La inversión o, como más comúnmente se la llama, la *inversión del título* está legalmente prevista en los siguientes términos: "Quien tiene o posee la cosa (o derecho) en nombre de otro, y sus herederos a título universal, no pueden jamás prescribirla, a menos que se haya cambiado el título de su posesión por causa procedente de un tercero, o por la oposición que ellos mismos hayan hecho al derecho del propietario (o titular de otro derecho)" (C.C., art. 1961). En efecto, quien comenzó detentando, o sea, teniendo la posesión en nombre de otro no puede prescribirla fuera de los casos señalados porque es un mero detentador y la usucapión requiere la posesión propiamente dicha y por cierto calificada (la posesión legítima).

a) Pero como lo señala la Ley, el detentador puede cambiar el título a su posesión, o sea, dejar de ser detentador para convertirse en *poseedor por causa procedente de un tercero.* Así ocurriría, por ejemplo, si el arrendatario de una cosa se la comprara a un tercero. En efecto, la compra hecha al tercero cambia la *causa possessionis* en el sentido que

2. Pero en caso de arrendamiento con opción de compra, el arrendatario no puede pretender que era poseedor desde que inició su tenencia sino desde el momento en que ejerció la opción.

si bien del arrendamiento se deducía la intención de tener la cosa para otro a quien se reconocía mejor derecho (el arrendador), de la compra se deduce la intención de tener la cosa para sí. Dicho sea de paso, poco importa que el título procedente del tercero sea inválido: de todos modos se invierte el título del detentador. Pero, es necesario que junto con el cambio de título, ocurra un cambio correlativo en la actuación respecto de la cosa. Por ejemplo, en el caso del arrendatario que compra a un tercero, no habría interversión si siguiera pagando cánones a su primitivo arrendador.

b) También produce la interversión del título la oposición del detentador "*al derecho del propietario (o titular de otro derecho)*" o, mejor dicho, a los derechos de la persona en nombre de quien posee. *Esta oposición ha de consistir en actos que inequívocamente revelen su voluntad de iniciar una nueva posesión para sí. Así pues, es necesario que la conducta del detentador se exteriorice en términos posesorios, en relación con la cosa.*

Precisamente porque no constituye la indicada manifestación inequívoca, el abuso en la tenencia o el incumplimiento de sus obligaciones por parte del detentador, no bastan para producir la interversión del título, ya que ese abuso o incumplimiento pueden deberse a razones distintas a la de querer iniciar una nueva posesión para sí.

Tampoco producen interversión del título la simple negación de los derechos del poseedor (como sería el caso de que un arrendatario expresara, incluso en público, que su arrendador no es el propietario de la cosa), ni tampoco la sola notificación al poseedor de que el detentador pretende poseer en lo sucesivo para sí. En efecto, en estos casos la conducta del detentador no se ha exteriorizado en términos posesorios, en su actuación sobre la cosa.

Así pues, la interversión del título por la vía de oposición a los derechos del poseedor requiere que el detentador manifieste su voluntad de poseer para sí ejecutando sobre la cosa actos de propietario (o de titular de otro derecho).

III. CASOS DE DETENTACIÓN

Se suelen señalar cuatro casos de detentación:

1° *La detentación en interés ajeno a causa de una relación de dependencia*, como sería el caso del sirviente o dependiente que en el cumplimiento de sus funciones usa cosas del patrono. La doctrina alemana llama servidores de la posesión a esta clase de detentadores.

2° *La detentación en interés ajeno por motivos de hospitalidad o amistad* (por ejemplo, cuando el invitado a un banquete utiliza copa, cubiertos o piezas de vajilla de quien invita a la fiesta).

3° *La detentación en interés ajeno para el cumplimiento de una obligación* como ocurre cuando se le ha entregado una cosa al mandatario para el cumplimiento de su encargo (por ejemplo, cuando el jardinero de una casa tiene en su poder herramientas que le ha entregado el propietario a fin de que realice las labores para las cuales lo contrató).

4° *La detentación en interés propio del detentador para ejercitar un derecho personal sobre la cosa* como es el caso de los arrendatarios o comodatarios que tienen la cosa en su poder.

Personalmente creemos que en los dos primeros casos señalados no existe siquiera detentación porque los actos que la persona realiza sobre la cosa no tienen entidad suficiente como para constituir el "corpus" de una posesión (v. *infra*, "Elementos de la posesión", I, 1°, C, a).

Por otra parte, consideramos que puede señalarse otra clase de detentadores de la cosa (*rectius* de la propiedad de la cosa), constituida *por quienes detentan la cosa en interés propio para ejercitar un derecho real distinto de la propiedad.* Naturalmente dichas personas son al propio tiempo, poseedores respecto del derecho en cuestión y detentadores respecto de la propiedad de la cosa[3].

---

3. Así, si alguien vende una cosa reservándose el usufructo de la misma, el vendedor usufructuario será poseedor respecto del usufructo que se reservó; pero al mismo tiempo es detentador de la cosa, ("rectius" de la propiedad de la cosa) en interés del comprador que es el poseedor. Contra, Juzg. de la Inst. en lo Civ. de la Circ. Jud. del Edo. Mérida, Sent. de 11-I-60; J.T.R, Vol. VIII, p. 511-12.

CAPÍTULO XII

LA POSESIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO: ASPECTOS GENERALES

ELEMENTOS: *CORPUS* Y *ANIMUS*. SUJETOS. OBJETO. ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PERDIDA. SUCESIÓN: FORMAS, CONTINUACIÓN DE LA POSESIÓN Y UNIÓN DE POSESIONES.

ELEMENTOS DE LA POSESIÓN

Conforme a la teoría subjetiva acogida por nuestro legislador, la posesión propiamente dicha implica dos elementos, uno material y el otro psicológico: el *corpus* y el *animus* respectivamente.

I. EL *CORPUS*

1° El *corpus* de la posesión no es "la cosa o derecho" poseído, sino que, expresado en los términos de nuestro Código, consiste *en "la tenencia de la cosa o el goce de un derecho"*, o en términos más tradicionales, en "ejercer el poder de hecho sobre una cosa o en el ejercicio efectivo de un derecho sobre ella". Cabe insistir en que esas expresiones alternativas no se justifican porque la "tenencia de la cosa" o el "ejercicio del poder de hecho sobre la cosa", no es sino el ejercicio de hecho del derecho de propiedad sobre la cosa, de modo que el *"corpus" consiste siempre en el ejercicio de hecho de un derecho*. Este ejercicio tiene dos aspectos: ejercer la propia influencia sobre la cosa e impedir toda influencia extraña.

2° La Ley no señala los requisitos que debe llenar el señorío o poder de hecho para que constituya *corpus*; pero la doctrina hace varias indicaciones importantes al respecto:

A) *El corpus de la posesión* (sea a título de propietario o de titular de otro derecho), *exige una relación efectiva con la cosa, un poder de hecho manifestado sobre ella misma*, independientemente de que se tenga la propiedad u otro derecho sobre la cosa o se carezca de él. En ese sentido, la doctrina tradicional señala que el *corpus* resulta de actos materiales y no de simples actos jurídicos. Así, el *corpus* no puede resultar del simple acto de celebrar un contrato de venta o arrendamiento de una cosa, ya que tales actos jurídicos no consisten en el ejercicio de ningún poder fáctico sobre la cosa, mientras que, en cambio, puede resultar del hecho de entregar la cosa a otra persona, de apoderarse de un bien mueble o de asentarse en un fundo, actos materiales que sí constituyen el ejercicio de un poder de hecho sobre la propia cosa[1]. Sin embargo, debe señalarse que los negocios jurídicos reales[2], sí constituyen *corpus* de la posesión, no por lo que tienen de negocio jurídico, sino por su "realidad" (o sea, porque suponen la entrega efectiva de la cosa).

B) Para que una persona tenga el *corpus* de la posesión *no es necesario que tenga contacto físico permanente con la cosa ni siquiera que tenga la posibilidad física de ejercer una acción inmediata sobre ella.* La misma idea se expresa al decir que basta tener la cosa "bajo un poder virtual y como a la disposición". Pero la doctrina más reciente subraya que basta que se tenga la cosa en una situación de hecho que

---

1. En este orden de ideas el Juzg. Sup. 3° del Trab. de la II Circ. Jud., Sent. del 8-III-56, dictaminó que la simple tenencia de las llaves de un vehículo automotor no comprueba suficientemente la posesión; la Cte. Sup. 1° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda sent. del 18-II-63. (R.&.G. tomo VII, pág. 16) sentó que la prueba testimonial era muy importante en la materia porque la posesión se trataba de "actos materiales ejecutados sobre la cosa"; la Cte. Sup. 3ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, de la misma Circ., sent. del 3-III-69 (R.&.G., tomo XX pág. 151), consideró que no son pruebas "por sí mismas idóneas" para probar la posesión las planillas de liquidación de Derecho de Frente de Casas, otros Edificios y Terrenos sin construcción.
2. En especial, los contratos reales, o sea, los que se perfeccionan por la entrega de la cosa sin que baste el simple consentimiento de las partes.

corresponda a su normal uso económico reconocible por la conciencia social[3]. Así un poseedor no pierde el *corpus* de la posesión de un auto cuando desciende de él y lo deja en su garaje.

C) *Aun cuando el "corpus" no consiste en el derecho a poseer*, o *ius possidendi* sino en el ejercicio de un poder de hecho, debe destacarse que:

a) La relación efectiva con la cosa no constituye *corpus* de la posesión cuando las circunstancias que la rodean no crean la apariencia de que el sujeto pretende ejercer un poder de derecho. Por ello, *no pueden servir de fundamento a la posesión los actos que son producto de la hospitalidad o de la ejecución de una relación de servicio, ni tampoco los actos meramente facultativos ni los de simple tolerancia.*

Según parte de la doctrina *los actos meramente facultativos* son aquéllos que corresponden al contenido de un derecho que permita a su titular realizarlos o no sin que su omisión signifique que no se ejerce el derecho en que se fundan (por ejemplo, cercar el fundo es una facultad derivada de la propiedad del fundo, sin que el hecho de que no se lo cerque signifique que no está ejerciendo su propiedad). Así entendido, el significado de la norma legal sería que nadie puede fundamentar su posesión en el hecho de que otro no realice actos meramente facultativos. Otros autores entienden que actos meramente facultativos son los cumplidos con la autorización del poseedor, razón por la cual quien los realiza no puede pretender ejercer un poder de hecho propio sobre la cosa.

---

3. Así el Juzg. Sup. 1° en lo Civ. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda Sent. de 7-XII-65 (J.T.R., vol. XIII, p. 732) expresó esa idea quizá en términos más rigurosos cuando determinó que "en el caso de terrenos... esa tenencia material por su misma esencia es difícil, si no están destinados a cultivos o cualquiera otra clase de explotación... en el caso concreto de una parcela destinada necesariamente a la construcción de casas o edificios por formar parte de una urbanización destinada a su vez al mismo fin, no es posible exigir que se pueda ejercer esa tenencia material". Pero no es esa tenencia lo que la ley exige "sino que existan todos y cada uno de los presupuestos exigidos en el C.C. en el título de la posesión, consistentes en la exteriorización o circunstancias visibles a los ojos del juez... demostraciones concretas ante las cuales se podría contar la limpieza periódica, el cercado de la parcela...".

Actos de *simple tolerancia* son aquéllos que el poseedor permite por condescendencia a una persona que carece de un título legal para ello y en forma tal que al permitirlos no renuncia a su facultad de prohibirlos ulteriormente. Quien actúa gracias a tal tolerancia en realidad no hace sino actuar con permiso de quien sabe que puede negárselo, de modo que tampoco ejerce un poder de hecho propio.

b) *El comportamiento del poseedor debe coincidir con el contenido de un derecho*. Dicho de otra manera, la actuación que constituye el *corpus* de la posesión debe consistir en la actuación que realizaría el titular de un derecho que ejerciera dicho derecho.

D) *El "corpus" presupone una actividad consciente o intencional de mantener la relación de hecho; pero no necesariamente de mantenerla en beneficio propio*. Así, por ejemplo, no adquiere *corpus* una persona en virtud de actos que realice dormida o en estado de inconsciencia. En cambio, cuando alguien "posee para otro" sus actos constituyen *corpus* de la posesión aun cuando sus efectos favorezcan, casi exclusivamente, a la persona en cuyo nombre posee.

E) La doctrina más reciente destaca que el *"corpus" no es sólo una relación del poseedor con la cosa sino que implica también una relación con los demás hombres*, de manera que es un hecho social. Lo expuesto se manifiesta en que: a) El *corpus* supone que no exista la concurrencia de otras personas en el señorío sobre la cosa (salvo los casos de coposesión y de concurrencia de posesiones); b) los terceros deben poder reconocer que se trata del ejercicio de un poder de hecho correspondiente a un determinado derecho (V. *supra*, C, a y b) y c) debe atenderse a la conciencia común para determinar cuando la cosa se encuentra en situación de normal uso económico por parte de una persona (V. *supra*, B).

F) La doctrina dominante suele exigir que la relación de hecho con la cosa sea estable y actual. Sin embargo, en los casos de poderes de hecho a los que se niega carácter de *corpus* de la posesión por falta de estabilidad o actualidad de la relación, el análisis revela que lo decisivo

es la falta de correspondencia entre esos poderes de hecho y el contenido de un derecho.

II. EL *ANIMUS*

1° En principio, *el "animus consiste en tomar frente a la cosa la actitud que corresponde al propietario o al titular de otro derecho susceptible de posesión.* Naturalmente este *animus* lleva implícita la negación del derecho ajeno (cuando se toma la actitud correspondiente al propietario)[4] o al menos de su plenitud (cuando se toma la actitud correspondiente al usufructuario o al titular de otro derecho real limitado susceptible de ser poseído).

2° El *animus*, tal como está regulado en nuestro Derecho, no siempre es una cuestión meramente psicológica.

A) *Ha de atenderse a la voluntad real del poseedor en el momento de adquirir el poder de hecho, cuando adquirió éste por su propia y exclusiva voluntad.* En tal caso, el *animus* puede manifestarse en forma explícita o categórica; pero también en forma tácita a través de actos materiales (como el del pescador independiente).

B) *En cambio, si se adquirió el poder de hecho por obra de una causa típica de adquisición del mismo*, como puede ser un negocio jurídico (por ejemplo, una venta, arrendamiento, etc.), *la intención se deducirá de esa causa en forma objetiva.* Así se dirá que quien recibe la cosa en virtud de una donación, venta o permuta tiene *animus*[5]; pero que quien la recibe en virtud de un arrendamiento, comodato o depósito no tiene *animus* (cualquiera que sea la voluntad o intención real del sujeto). En

---

4. Precisamente por tomar la posición contraria la C.S.J. Sala de Cas. Civ. Merc., y del Trab., de 6-II-75 declaró no poseedor a quien iniciaba su querella diciendo que había venido ocupando "como poseedor legítimo una extensión de terreno de propiedad municipal" (R.&.G., Tomo XI,VI, pp. 373-74).
5. Por ello la extinguida C.F. y de C., Sala de Casación, sent. del 18-X-1940, estimó que el documento de venta probaba el *animus* del comprador, aunque no el *corpus* (Mem. de la Cte. F. y de Cas., 1941, tomo II, p. 156).

realidad, en estos casos no se trata de que la persona tenga o no tenga la intención de tomar la actitud de propietario o de titular de otro derecho, sino que la ley no toma en cuenta esa eventual intención de quien actúa en virtud de un título que es una confesión del derecho ajeno.

C) Por otra parte, *como se ha dicho, la sola voluntad real posterior de quien adquirió el poder de hecho como detentador no basta para convertirlo en poseedor.* (V. *supra*, "Detentación o Tenencia", III, 3°).

D) En algunos casos, el *animus* de la posesión de una persona resulta de la voluntad de otra (por ejemplo, del representante legal en el caso de menores o entredichos), a la que el Derecho atribuye esa virtualidad.

3° El momento decisivo para juzgar si existe *animus*, en principio, *es el momento del comienzo de la posesión* (C.C., arts. 773 y 774).

Quien comienza a "poseer en nombre de otro" se presume que sigue "poseyendo como principió", o sea, que sigue siendo detentador, si no se prueba lo contrario (C.C., art. 774); prueba que podrá consistir en que ocurrió una interversión o una conversión posesoria (v. *supra*, "Detentación o Tenencia", II, 3°)

Y a la inversa, claramente se deduce de la Ley la presunción de que quien comienza a poseer por sí continúa poseyendo como principió, o sea, que sigue siendo poseedor propiamente dicho, salvo prueba en contrario (C.C., art. 773).

4° Por lo demás, *el "corpus" hace presumir la existencia del "animus" y en concreto del "animus domini"*: "Se presume siempre que una persona posee por sí misma y a título de propiedad, cuando no se pruebe que ha empezado a poseer en nombre de otra" (C.C., art. 773).

SUJETOS DE LA POSESIÓN

I. *Cualquier persona natural o jurídica puede poseer.* En el caso de las personas jurídicas los actos posesorios son realizados por las personas físicas que son sus órganos o representantes en condiciones tales que sus efectos se imputan a la persona jurídica. Igual cosa ocurre con los incapaces.

Es de observar que para poseer por sí mismo las personas naturales no necesitan capacidad negocial sino que les basta la capacidad natural de entender y querer.

II. *Varias personas pueden ser simultáneamente sujetos de una misma posesión, caso en el cual se dice que hay coposesión.* Obsérvese que la hipótesis es distinta del supuesto de la concurrencia de posesiones. En este último caso existen simultáneamente diferentes posesiones sobre la misma cosa (por ej.: una persona la posee en concepto de propietario y otra en concepto de usufructuario). En cambio, en la coposesión no existen posesiones a diferente título sino una sola posesión (por ej.: dos personas poseen un mismo terreno como si cada una de ellas fuera propietaria del 50% del mismo).

En realidad, la posesión exclusiva y la coposesión corresponden al derecho solitario y a la comunidad, respectivamente. *Así, la teoría de la coposesión se basa en la teoría de la comunidad*, que hemos de estudiar más adelante; pero si bien es posible decir —aunque sea discutible— que en la comunidad el derecho de cada comunero recae sobre su cuota, es imposible considerar que lo que posee el coposeedor es una cuota de la cosa o derecho ya que dado el carácter ideal de la cuota, ésta no es susceptible de ser objeto del señorío característico del hecho posesorio. Por lo tanto, *en la coposesión, la posesión de cada coposeedor recae sobre la cosa o derecho entero, aunque su actuación sobre esa cosa o derecho se halle limitada por la coexistencia de los demás coposeedores.* El coposeedor es pues poseedor de toda la cosa o derecho, aunque no un poseedor exclusivo.

De lo expuesto no debe deducirse que no existan cuotas de posesión. En realidad, cada poseedor tiene una cuota de participación en la coposesión. Lo que ocurre es que esa cuota no es el objeto de su posesión sino una limitación cuantitativa de los efectos que para él produce su posesión, o sea, que constituye la medida en que la posesión produce efectos para él.

La determinación de la cuota de cada poseedor no es una cuestión de derecho sino de hecho ya que depende de cómo posea a la par que sus demás coposeedores. Sin embargo, el título puede ayudar a determinar la cuantía de la cuota cuando los hechos posesorios demuestren que los coposeedores entienden poseer conforme al título.

En principio la protección posesoria se brinda a los coposeedores como a otro poseedor cualquiera.

OBJETO DE LA POSESIÓN

I. Si se atiende sólo a la definición legal de posesión parecería que el objeto de la misma son las cosas (*rectius*, la propiedad de las cosas) *y los derechos sin otra limitación que las cosas o derechos que por alguna circunstancia no puedan ser objeto de una actuación posesoria.* Se consagraría así una situación completamente opuesta al Derecho Romano clásico que en sentido estricto sólo admitía la posesión que recaía sobre las cosas y las abarcaba plenamente de tal modo que la posesión correspondiera en el plano de los hechos a lo que supone la propiedad en la esfera de los derechos. Al parecer pues, nuestro Derecho habría concebido la posesión como el ejercicio de un derecho aun cuando no implicara el señorío pleno sobre la cosa y en tal virtud todos los derechos serían en principio susceptibles de posesión.

Pero en el deseo de que la noción de posesión sea el supuesto común de efectos homogéneos, *se reduce el objeto de la misma de manera que no puede hablarse de posesión* (en el sentido de que venimos tratando) *cuando no se puedan producir los efectos típicos de la usucapión y sobre todo de la protección interdictal.* Por ello se dice que entre los derechos *sólo son susceptibles de posesión, los derechos reales* y se excluyen del campo de la posesión propiamente dicha tanto la posesión de estado como la posesión de créditos (aun cuando una y otra se asemejen a la posesión propiamente dicha en cuanto constituyen situaciones de hecho que son imagen de una situación de derecho y en que gozan de la protección jurídica).

II. Pero lo expuesto, *tampoco significa que todas las cosas y derechos reales sean susceptibles de posesión.*

1° Por lo pronto, *no son susceptibles de posesión*, o si se quiere sólo son susceptibles de una posesión irrelevante, las cosas cuya propiedad no puede adquirirse, ya que la Ley dispone que: "No produce efecto la posesión de las cosas cuya propiedad no puede adquirirse" (C.C., art. 778).

2° Por otra parte, *como la posesión es un poder de hecho sólo puede recaer sobre los derechos que tengan por objeto las cosas corporales.* Las llamadas posesiones de cosas incorporales no producen nunca los mismos efectos que la posesión propiamente dicha y casi puede decirse que sólo se asemejan a ésta en que constituyen la imagen de un derecho.

3° Dado el contenido del derecho de hipoteca, a pesar de ser éste un derecho real, no es posible la existencia de un estado de hecho que se asemeje al ejercicio del derecho de hipoteca, razón por la cual *el derecho de hipoteca no es susceptible de posesión.*

III. Problemas especiales presenta *la cuestión de si pueden ser objeto de posesión las partes de una cosa.* A este propósito obsérvese que:

1° No se reconoce posesión separada sobre cada una de las partes del todo a quien posee ese todo. Consecuencia importante de este principio es que el poseedor del todo no requiere ejercer su señorío efectivo sobre todas y cada una de las partes para poder ser calificado de poseedor del todo.

2° Es posible hablar de posesión de sólo una parte de la cosa si puede ejercitarse sobre ella un señorío de hecho "autónomo", en el sentido que pueda delimitarse de tal manera que no implique una posesión de la cosa entera. Así es perfectamente posible la posesión de una parte de un fundo (sin que se posea el resto).

ADQUISICIÓN, CONSERVACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con un criterio puramente lógico habría de decirse *que una persona adquiere la posesión cuando llega a reunir el "corpus" y el "animus", que la pierde cuando pierde uno de esos elementos o ambos y que, entre tanto, la conserva.* Sin embargo, los matices existentes en la materia exigen estudiar separadamente la adquisición, conservación y pérdida de la posesión.

II. ADQUISICIÓN E INICIACIÓN

Debe advertirse que para algunos autores no puede hablarse estrictamente de *adquisición* de la posesión sino de *iniciación* de la misma por considerar que la posesión es un hecho durable y no un derecho. En concordancia con esta posición dichos autores suelen negar la exactitud de la sistemática común que distingue entre modos originarios y derivativos de adquirir la posesión. En efecto, arguyen que la adquisición de la posesión entendida como iniciación de una situación de hecho es siempre originaria en el sentido de que se produce siempre por la actuación de la persona que se coloca frente a una cosa en actitud de propietario o de titular de otro derecho real sin que ese supuesto pueda ser transmitido.

1° Sin embargo, es innegable que si a veces la posesión se inicia por la sola actuación del poseedor (por ej.: cuando alguien se apodera de una cosa abandonada), en otras oportunidades interviene también, concurriendo con su voluntad, un poseedor precedente (por ej.: cuando el vendedor hace entrega al comprador de la cosa que hasta entonces poseía). En este sentido se justifica distinguir entre adquisición originaria y adquisición derivativa de la posesión o si se quiere entre adquisición por acto unilateral y adquisición con el concurso del precedente poseedor como dice Barassi.

A) *La adquisición de la posesión que la doctrina tradicional denomina originaria, se produce por un acto unilateral del adquirente*, sin que concurra con su voluntad un poseedor precedente. Supone, desde luego, una conducta que constituya respecto de la cosa el supuesto de hecho posesorio, o sea, la conjunción del *corpus* o del *animus*.

a) *Respecto del "corpus"* debe destacarse que tanto menos efectivo debe ser el ejercicio del poder sobre la cosa cuanto menor sea la posibilidad de que otra persona concurra al ejercicio de este poder. Correlativamente, cuando la probabilidad de la concurrencia ajena sea mayor, tanto más debe aproximarse la relación objetiva del adquirente al contacto corporal con la cosa. Por ejemplo, si se tratara de la toma de posesión de una *res nullius* o de una cosa que está en posesión de otro, es necesario la aprehensión *corpore et tactu* pues sólo así se elimina la posibilidad de que otros en el primer caso, o el precedente poseedor en el segundo, se posesionen efectivamente de la cosa. En cambio, cuando los peces entran en los viveros propios o los frutos caen en el propio fundo, la posesión se adquiere sin más.

Las reglas en la materia son pues elásticas como lo son en general las reglas para determinar la existencia del *corpus*; pero, en cualquier caso, es indispensable la iniciación de una situación inequívoca de poder a favor de quien inicia la posesión con la advertencia de que en el momento en que se adquiere la posesión es necesario exigir con mayor rigor los requisitos de ésta que cuando se trata de su continuación.

b) Al lado del *corpus es necesario el elemento intencional.* En la adquisición originaria dicho elemento está implícito y se exterioriza en la actuación posesoria. Como este elemento intencional es meramente fáctico, sólo se requiere una voluntad que tenga la capacidad natural de entender y querer sin que sea necesaria la capacidad negocial (incluso cuando se trata de adquirir la posesión de un derecho real).

B) *La adquisición derivativa de la posesión se produce con la intervención de un poseedor anterior.* El medio correspondiente es la *tradición o entrega* de la cosa.

a) La tradición puede producir otros efectos jurídicos, lo que en ciertas ocasiones enturbia su noción porque a veces se le atribuyen como notas esenciales las características que debe reunir para producir esos *otros* efectos jurídicos. Pero *la tradición en su sentido propio* consiste en la entrega de una cosa para trasladar a quien la recibe la posesión de la misma.

b) Existen diversas *formas* de hacer tradición:

a') Puede hacerse tradición mediante *la entrega efectiva, material o corporal de la cosa.* Este acto *no es un negocio jurídico* porque sus efectos no se fundan en el contenido de las declaraciones de voluntad del *tradens* y del *accipiens* sino que es uno de los actos que la doctrina alemana califica de actos reales y cuya característica es que sus efectos jurídicos están en función de que se produzca un determinado resultado de hecho que en el caso que nos ocupa consiste en que el señorío de hecho sobre la cosa pase del *tradens* al *accipiens*. Esta entrega material no difiere de la ocupación material de la cosa sino en cuanto que concurre la voluntad de un poseedor precedente. Esta circunstancia unida al hecho de que no se trata de un negocio jurídico explica que para adquirir la posesión por este concepto basta también la capacidad natural de entender y querer.

b') La tradición puede consistir también en un acuerdo cuando el adquirente se encuentra ya en una situación que le permita poder ejercer su poder sobre la cosa (por ej. porque la tiene arrendada). Tampoco esta tradición consensual es un negocio jurídico sino un acto real.

Entre esas formas de tradición se señalan:

a") La *traditio longa manu,* característica de los inmuebles y que consiste en mostrar el fundo al adquirente que se posesiona de él *oculis et affectu.* En tal caso, es la presencia personal la que hace adquirir efectivamente la posesión.

b") La *traditio brevi manu* que ocurre cuando el detentador adquiere la posesión por el consentimiento del poseedor (por ej.: cuando el arrendatario que tenía la cosa en su poder se la compra al arrendador en cuyo nombre venía poseyendo).

c") El *constitutum possessorium* que representa el caso inverso del anterior ya que consiste en que el poseedor conviene en enajenar la cosa a un tercero; pero continúa detentándola (por ej.: cuando el poseedor vende una vivienda a otra persona; pero conviene con ella en quedarse en la misma como arrendatario o comodatario por cierto tiempo).

d") También puede ocurrir una entrega consensual cuando la cosa se halla en poder de un tercero detentador y el poseedor conviene en transmitir la posesión a otra persona. En este caso se coordinan tres voluntades: la del *poseedor* de *renunciar* a su posesión, la del *adquirente de considerarse y actuar como poseedor*, y la del tercero que, informado, *modifica su posición* en el sentido de dejar de poseer en nombre del primero y comenzar a poseer para el nuevo poseedor.

c') Además de la tradición efectiva y de la consensual, existen otras llamadas a *veces simbólicas o fingidas* cuando en realidad sería mejor denominarlas *atenuadas.* En estos casos el *tradens* no entrega efectivamente la cosa al *accipiens*; pero lo coloca en una posición que le ofrece la segura posibilidad de esa posesión. Entre estas formas se suelen citar:

a") La tradición de los inmuebles mediante el *otorgamiento* del *instrumento de propiedad* (aun cuando en realidad dicho otorgamiento puede no constituir tradición en el sentido de que hablamos en ciertas circunstancias como por ej.: cuando el vendedor no tenía la posesión de la cosa y el poseedor impide al comprador tomar posesión de la misma).

b") La tradición de los bienes *muebles* mediante la *entrega* de las *llaves de los edificios que los contienen.*

c") La tradición de las cosas incorporales mediante la entrega de los títulos o por el uso que de ellas hace el *accipiens* con el consentimiento del

tradens. Pero, en realidad *estas formas de tradición atenuada pueden variar hasta lo infinito*. Por ejemplo, puede hacerse entrega de bienes mediante el endoso y entrega de los documentos que sirven para reclamarlos de un tercero (transportador, almacén general de depósito, etc.).

2° *La posesión puede adquirirse por sí o por medio de otro.* En efecto, es posible que una persona despliegue la actuación que conduce a adquirir la posesión en condiciones tales que haya de concluirse que actúa "en nombre de otro" quien es el que verdaderamente adquiere la posesión. No se trata propiamente de una representación en materia posesoria ya que no es una sustitución en una declaración de voluntad sino en la creación de un estado de hecho.

El caso más frecuente es que la sustitución se refiera al *corpus* de la posesión (por ej.: cuando una persona compra una cosa y envía a un apoderado o dependiente suyo a recibir la entrega material correspondiente). Sin embargo, la sustitución también puede operar respecto del *animus* en el caso de los representantes de las personas naturales o jurídicas.

En los casos en que el *corpus* es adquirido por otro y el *animus* por sí mismo, la adquisición de la posesión sólo se produce cuando ambos elementos concurren. La observación es importante porque frecuentemente en estos casos ambos elementos no se adquieren al mismo tiempo sino que la adquisición del *animus* suele preceder a la del *corpus*.

3° Existe una forma especial de adquisición de la posesión por parte del sucesor a título universal del poseedor llamada *continuación en la posesión* que por sus especiales características trataremos más abajo bajo el rubro de "sucesión en la posesión".

III. CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN

1° De acuerdo con la pura lógica, debería decirse que el poseedor conserva la posesión mientras conserva simultáneamente el *corpus* y el *animus* de la misma con la advertencia de que la existencia de uno y otro se juzgan con menos rigor que cuando se trata de determinar la adquisición de la posesión.

2° Sin embargo, el Derecho Romano admitía la posibilidad de conservar la posesión *solo animo*, o sea, sin que se conservara el *corpus*.

El caso clásico romano, aunque no el único, fue la concesión que Justiniano hizo del interdicto *unde vi* a quien había dejado vacante un fundo contra quien durante su ausencia hubiere tomado posesión del inmueble, lo que implícitamente significaba reconocer que el ausente conservaba la posesión *no corpore* sino "*animo*".

3° Pero lo importante es dilucidar si conforme a nuestro Derecho es posible conservar la posesión *solo animo*. *La respuesta es negativa*: ningún texto legal podría citarse como fundamento de tal opinión. Lo único que puede afirmarse es que la posesión se conserva en casos en que el *corpus* sufre una atenuación (por ej.: se conserva la posesión de un animal doméstico que sale del lugar donde lo tiene su poseedor mientras el animal conserva la costumbre de volver; se conserva así mismo la posesión de una cosa mientras accidentalmente se ignore su paradero siempre que se halle bajo el poder del poseedor —no de otro que la tenga para sí—; etc.).

IV. PÉRDIDA DE LA POSESIÓN

1° La pérdida de la posesión puede ocurrir de tres maneras: por desaparición simultánea del *animus* y del *corpus*, por pérdida del "*corpus*" sólo o por la pérdida del *animus* sólo.

2° Casos típicos de la pérdida de la posesión por *desaparición de ambos elementos* son el abandono de la cosa por el poseedor, su enajenación seguida de la tradición de la cosa y el perecimiento total de la cosa.

3° Se pierde la posesión *por desaparición de sólo el "corpus"* cuando la cosa cae en el dominio público o cuando un tercero se apodera de ella.

4° Ejemplo de la desaparición de la *posesión por pérdida de solo el animus* es el caso del *constitutum possessorium*, arriba mencionado.

SUCESIÓN DE LA POSESIÓN

I. FORMAS DE SUCESIÓN EN LA POSESIÓN

Existen dos formas de sucesión en la posesión que se denominan respectivamente, *continuación de la posesión y unión de posesiones.*

II. CONTINUACIÓN DE LA POSESIÓN

1° Conforme a la Ley, "La posesión continua de derecho en la persona del sucesor a título universal" (C.C., art. 781, encab.). En consecuencia, la continuación de la posesión,

A) *Sólo ocurre* a favor de un causahabiente a título universal del poseedor (por ej.: de su heredero).

B) Se *produce necesariamente y opera de pleno derecho* desde el momento mismo en que se abre la sucesión *sin necesidad de que el causahabiente haya ejercido ningún poder de hecho sobre la cosa*[6]. Y,

C) La posesión del causahabiente es *la misma que la de su causante* de modo que sigue teniendo la misma cualidad que ésta y, eventualmente, sus mismos vicios.

2° Al atribuirse al heredero la condición de poseedor sin que haya ejercido ningún poder de hecho sobre la cosa, en *realidad se está dando*

---

6. Es más, como lo ha establecido nuestro Supremo Tribunal, la protección que para los herederos implica la continuación de la posesión de su causante cuando más tiene sentido es cuando la posesión ha sido menoscabada o vulnerada de hecho por terceros antes de que los herederos hayan tomado posesión material de los bienes hereditarios, ya que después le basta al heredero comprobar la posesión o tenencia personal, aun cuando exagera al decir que invocar la continuación de la posesión en tales casos es "superabundante" ya que como la ley exige una posesión de determinada duración pudiera ocurrir que la sola posesión personal de los herederos no fuera suficientemente larga (C.S.J., Sala de Cas. Civ., Merc. y del Trab., sent. del 12-VII-65; Gac. For. N° 49, 2ª etapa, p. 307-8).

a la palabra "posesión" un significado diferente del que ordinariamente tiene con el objeto de conceder al heredero la misma clase de protección que se da a los poseedores en el sentido común de la expresión. Esa posesión carente de toda actuación posesoria es denominada por los autores del Derecho común, *civilisima possessio*, y más *modernamente posesión incorporal.*

3° La continuación de que tratamos se refiere tanto a la posesión propiamente dicha como a la detentación.

4° La continuación opera aun antes de que el llamado a la herencia la acepte y no implica aceptación tácita de la herencia.

III. UNIÓN DE POSESIONES

La unión de posesiones o *accessio possessionis* a su vez está prevista en los siguientes términos: "El sucesor a título particular puede unir su posesión a la de su causante para invocar sus efectos y gozar de ellos" (C.C., art. 781, ap. único).

1° Esa unión de posesiones supone pues un sucesor *a título particular del poseedor*, sea por acto entre vivos (por ej.: una persona que le haya comprado la cosa poseída), sea en virtud de un acto *mortis causa* (por ej.: el legatario de una cosa poseída por el testador).

2° A diferencia de la continuación en la posesión la unión de posesiones es *facultativa para el sucesor* (quien puede pues no invocarla), *y no opera de pleno derecho.*

3° Si el sucesor invoca la unión de su posesión con la de su causante, ambas posesiones se convierten en una sola, de modo que ésta tendrá los caracteres de la posesión del causante, a menos que la propia del sucesor sea inferior. En cambio, si el causahabiente a título particular no invoca la unión de posesiones, conserva su propia posesión con sus propios caracteres.

Siendo así se concibe que el sucesor no siempre invoque la unión de posesiones ya que en ciertos casos esa unión lo perjudicaría. Así, por ejemplo, si el causante había poseído por 5 años con posesión viciosa y el sucesor ha poseído por 20 años con posesión legítima ocurriría que si une su posesión a la de su causante el sucesor tendría 25 años de posesión viciosa (lo que no le permite adquirir por usucapión ya que ésta requiere posesión legítima); mientras que si el sucesor no une las dos posesiones, su posesión legítima de 20 años le basta para usucapir.

4° Naturalmente, si el sucesor a título particular invoca la unión de posesiones tiene que probar tanto la suya como la de su causante[7].

7. En este sentido: Cte. de Cas., Sala Civ., Merc. y del Trab., sent. del 13-VII-1959 (Gac. For. N° 25, 2ª etapa, pp. 43-4); Cte. Sup. 1° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D. F. y Edo. Miranda, sent. 15-X-7) (R.&.G., tomo XXXII, pp. 36-7 y Juzg. Sup. 5° en lo Civ. y Merc. de la misma Circ. Jud., sent. 30-X-75 (R.&.G., tomo XLIX, pp. 105-6).

CAPÍTULO XIII

CLASIFICACIÓN Y EFECTOS DE LA POSESIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO

CLASES DE POSESIÓN: POSESIÓN CIVIL Y POSESIÓN NATURAL, PRECARIA O EN NOMBRE AJENO; POSESIÓN LEGITIMA Y POSESIÓN VICIADA O VICIOSA; POSESIÓN DE BUENA Y MALA FE; POSESIÓN EXCLUSIVA Y COPOSESIÓN. CUADRO GENERAL DE LOS EFECTOS DE LA POSESIÓN. LA POSESIÓN DE BIENES MUEBLES POR SU NATURALEZA Y DE TÍTULOS AL PORTADOR.

CLASES DE POSESIÓN

I. POSESIÓN CIVIL Y POSESIÓN NATURAL, PRECARIA O EN NOMBRE AJENO

Esta clasificación *no es en realidad una clasificación de la posesión en sentido estricto* porque posesión civil es precisamente esa posesión en sentido estricto mientras que posesión natural, precaria o en nombre ajeno son sinónimos de detentación. Pero debe reconocerse que es una clasificación de la posesión en sentido lato, o sea, comprensivo de la detentación y de la posesión propiamente dicha, sentido amplio éste que, como hemos dicho, alguna vez utiliza nuestro legislador (Véase Cap. XI, "Definición legal de posesión", III).

II. POSESIÓN LEGÍTIMA Y POSESIÓN VICIADA O VICIOSA

1° *Tradicionalmente* las legislaciones siguen el método de señalar los vicios cuya presencia excluyen la posesión legítima. Pero nuestro

Código Civil procede a la inversa y señala los *requisitos* que deben reunir la posesión para poder ser calificada de posesión legítima.

2° Textualmente dice nuestra Ley que: "La posesión es legítima cuando es continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y con intención de tener la cosa como suya propia" (C.C., art. 772). En realidad los requisitos de que la posesión no sea *interrumpida* y de que se *ejerza con intención de tener la cosa como suya propia* no son requisitos específicos de la posesión legítima y su ausencia produce efectos más graves que viciar la posesión. En efecto, cuando la posesión de alguien está interrumpida lo que ocurre es que esa persona no posee y cuando carece de la intención de tener la cosa (o derecho) como suya propia lo que ocurre es que es una *simple detentadora*.

En consecuencia, los requisitos específicos de la posesión legitima, en verdad, son que la posesión sea *continua, pacífica, pública* y *no equívoca* y los vicios correlativos son la discontinuidad, la violencia, la clandestinidad y la equivocidad.

A) La *continuidad* consiste en que el poseedor ejerza su poder de hecho en toda ocasión o momento en que lo hubiera hecho el propietario (o titular del derecho de que se trate). La discontinuidad consiste en no ejercer así su poder de hecho. En su forma más extrema, o sea, cuando el poseedor no ejerza su poder de hecho nunca, la discontinuidad no es ya un simple vicio de la posesión sino que implica la pérdida de la misma por pérdida del elemento *corpus*. Es una cuestión de hecho que debe apreciarse en cada caso, al cabo de cuanto tiempo de no ejercido el poder de hecho debe entenderse que se ha dejado de poseer la cosa.

Obsérvese que para juzgar si existe continuidad en la posesión es necesario tener en cuenta la naturaleza y otras circunstancias de la cosa para poder llegar a la conclusión de cuáles hubieran sido las ocasiones o momentos en que su propietario (o titular de otro derecho) lo hubiera ejercido.

Sería un error confundir la continuidad de la posesión con la permanencia en el uso de la cosa o ejercicio del derecho porque hay cosas

y derechos de los cuales sólo se suele usar periódicamente y en tal caso basta el uso o ejercicio en los períodos respectivos (por ej.: la tala de un bosque no se produce sino a largos intervalos, razón por la cual la pasividad del poseedor entre los diversos momentos en que se suelen hacer los cortes no implica discontinuidad de su posesión).

La discontinuidad se diferencia de la interrupción de la posesión en que aquélla proviene de la conducta del poseedor mientras que la segunda ocurre por una causa ajena a él (por ej.: el despojo realizado por un tercero, hechos de la naturaleza que impiden ejercer el poder de hecho sobre la cosa, etc.)[1].

B) La *pacificidad* de la posesión consiste en que el poseedor actúe sin la contradicción u oposición de otro que esté animado de una intención rival a la suya (así, por ej.: el acto del ladrón que a la fuerza penetre en una casa con el propósito de robar no transforma la posesión del poseedor de la casa asaltada en una posesión violenta porque el ladrón no tiene la intención de pasar a poseer el inmueble).

El hecho de que el poseedor sufra molestias subsanadas a tiempo no hace que su posesión sea violenta. Si en cambio la contradicción u oposición del otro priva al poseedor de su poder de hecho ya no se trataría de una posesión violenta sino de una posesión interrumpida.

La violencia puede ejercerse directamente contra el poseedor o contra cualquiera que detente la cosa en su nombre.

Aun cuando en el Derecho Romano, la violencia ejercida al adquirir la posesión la viciaba para siempre, en nuestro Derecho se establece que no "pueden servir de fundamento a la adquisición de la posesión legítima los actos violentos..., sin embargo, ella puede comenzar cuando ha cesado la violencia..." (C.C., art. 777). Así pues, entre nosotros, la violencia es un vicio *temporal*.

---

1. Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. de la 2ª Circ. Jud., sent. de 25-V-57 (J.T.R., vol. VI, Tomo 2, p. 678).

Por otra parte, de acuerdo con la teoría a la cual adherimos, la violencia es un vicio *relativo* en el sentido de que sólo vicia la posesión frente a la persona que la ejerce siendo la misma posesión una posesión pacífica frente a todos los demás.

C) La *publicidad* de la posesión consiste en que el poseedor realice su actuación posesoria sin ocultarla, tal como suelen hacerlo los verdaderos titulares de los derechos, sin que sea necesario que realice actos especiales con el solo fin de darla a conocer.

También es de observar que aun cuando en el Derecho Romano la clandestinidad en la adquisición de la posesión la viciaba para siempre, nuestra Ley dispone que no "pueden servir de fundamento a la adquisición de la posesión legítima los actos ... clandestinos; sin embargo ella puede comenzar cuando ha cesado la ... clandestinidad" (C.C., art. 777). Es pues un vicio *temporal*.

A pesar de la opinión contraria de Ramiro A. Parra, creemos que la clandestinidad es también un vicio *relativo* en el sentido de que si la actuación posesoria se oculta frente a una persona; pero no frente a las demás, la posesión sería clandestina respecto de aquélla y pública respecto de éstas.

D) La *inequivocidad* de la posesión es un concepto sobre el cual existen discrepancias. De acuerdo con una vieja concepción, a la que adhiere Ramiro A. Parra, significaría que no existan dudas sobre los elementos de la posesión, el *corpus* y el *arumus*; pero según una opinión más reciente consiste en que no existan dudas sobre el *animus*, de modo que la posesión será equívoca cuando los actos de goce pueden explicarse sin presuponer dicho *animus*.

III. POSESIÓN DE BUENA Y MALA FE

1° Por otra parte, la posesión se divide en posesión de buena fe y posesión de mala fe.

La clasificación de que tratamos parte de la diferencia entre quien cree que la cosa o derecho le pertenece y quien cree lo contrario; pero nuestra Ley es más exigente al definir la posesión de buena fe porque requiere que la misma se apoye en un *justo título*.

2° *Es poseedor de buena fe quien posee como propietario en fuerza de justo título, es decir, de un título capaz de transferir el dominio, aunque sea vicioso, con tal que el vicio sea ignorado por el poseedor* (C.C., art. 788). Es poseedor de mala fe quien se encuentra en caso contrario. Para armonizar el texto citado con el artículo 771 debe entenderse que se hace referencia no sólo al que posee como propietario sino también al que posee como titular de otro derecho.

Se ha dicho que la existencia del título no es un requisito adicional de la posesión de buena fe sino una exigencia lógica de la creencia en la justicia de la posesión ya que a falta de él nadie puede creer que posee conforme a Derecho; pero es lo cierto que dicha creencia podría existir en los casos de títulos putativos que en nuestro criterio no bastan para fundamentar una posesión de buena fe en nuestro Derecho.

Justo título es cualquier acto o hecho que por su naturaleza sea susceptible de hacer adquirir la propiedad u otro derecho aun cuando en el caso concreto no produzca ese efecto debido a un vicio cualquiera. Dicho título debe existir de hecho. Tal no sería el caso del negocio afectado de simulación absoluta. En cambio, sí es justo título el negocio afectado de nulidad absoluta o relativa. En cuanto al negocio condicional se suele negar el carácter de justo título al que depende de una condición suspensiva; pero se admite que lo sea si la condición es resolutoria. El título revocable es también justo título; pero deja de serlo retroactivamente cuando opera la revocación.

Ahora bien, *si en el título existe un vicio, es necesario que el poseedor lo ignore* para que la posesión sea de buena fe. Esa ignorancia viene a constituir un error en cuanto que el poseedor cree que ha adquirido la propiedad o derecho cuando en realidad no es así. El error que puede invocarse es *tanto el error de hecho como el error de derecho*, a pesar de que en el Derecho Romano y en la doctrina de algunos autores se

niega que el error de derecho pueda originar una posesión de buena fe. Por otra parte, no es cierto que el único vicio que pueda invocarse sea la falta de titularidad del enajenante o constituyente del derecho poseído.

Puede ocurrir que en un caso determinado el poseedor se encuentre en una situación de duda acerca de la existencia de un vicio en su título. De ordinario se suele decir que si la duda es grave debe ser considerado como poseedor de mala fe y en caso contrario como poseedor de buena fe.

Obsérvese que la posesión de buena fe puede carecer de los requisitos necesarios para ser calificada de posesión legítima ya que ambas nociones son diferentes.

3° En nuestro Derecho el *momento decisivo* para juzgar acerca de la buena fe es el momento en que se adquiere la posesión: "Bastará que la buena fe haya existido en el momento de la adquisición" (C.C., art. 789, ap. único). Así, pues, el poseedor que en el momento de la adquisición ignoraba el vicio de su título no se hace poseedor de mala fe si posteriormente llega a conocer ese vicio. Se acoge así un principio romano (*mala fides superveniens non nocet*) y no el principio canónico de que "la mala fe sobrevenida daña". Resulta evidente que este último principio es más realista y más justo, aunque el principio romano acogido por nuestro legislador responde a consideraciones de simplicidad práctica y de estabilidad.

4° La dificultad de la prueba de la buena fe explica que el legislador haya establecido una presunción: "La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla" (C.C., art. 789, encab.).

IV. POSESIÓN EXCLUSIVA Y COPOSESIÓN

Esta clasificación en realidad no distingue entre una clase de posesión y otra sino que se establece en función del número de sujetos de

una misma posesión. Por ello estudiamos el tema al tratar de los sujetos de la posesión y no de las distintas clases de posesión.

CUADRO GENERAL DE LOS EFECTOS DE LA POSESIÓN

I. La Ley enuncia como *principio general* de protección a la posesión que *en igualdad de circunstancias es mejor la situación del que posee* (C.C., art. 775).

II. Pero además el ordenamiento jurídico establece toda una serie de *efectos específicos* de la posesión.

1° El efecto más típico de la posesión es que *el poseedor por el solo hecho de serlo, tiene el derecho de seguir poseyendo mientras no sea vencido en juicio petitorio.* Esta protección, que no se concede por igual a todos los poseedores, es la llamada *protección interdictal* porque se hace valer mediante unas acciones especiales llamadas interdictos que estudiaremos en el próximo capítulo.

Obsérvese que se trata de una protección *provisional* en el sentido de que cesa cuando en juicio petitorio se declara que la posesión está en contradicción con la propiedad u otro derecho.

2° La Ley coloca al poseedor *en posición de demandado en los juicios petitorios* con lo cual la carga de la prueba recae sobre el no poseedor.

3° La Ley protege al poseedor en el plano probatorio al establecer una serie de *presunciones* que le favorecen. Son éstas:

A) *La presunción de no precariedad.* "Se presume siempre que una persona posee por sí misma y a título de propiedad, cuando no se prueba que ha comenzado a poseer en nombre de otra" (C.C., art. 773). En consecuencia, el poseedor sólo tiene que probar el *corpus* de su posesión para que se le considere poseedor propiamente dicho y a título de

dueño. Corresponderá a su contraparte, si fuere el caso, probar que aquél comenzó a poseer en nombre de otra persona.

B) *La presunción de posesión intermedia*: "El poseedor actual que pruebe haber poseído en un tiempo anterior, se presume haber poseído durante el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario" (C.C., art. 779). Obsérvese que esta presunción sólo favorece al poseedor *actual.*

C) *La presunción de posesión anterior*: "La posesión actual no hace presumir la anterior, salvo que el poseedor tenga título; en este caso se presume que ha poseído desde la fecha de su título, si no se prueba lo contrario" (C.C., art. 780). Es obvio que quien pretende invocar esta presunción debe probar su *posesión actual, su título y la fecha de éste.*

D) *La presunción de buena fe*: "La buena fe se presume siempre; y quien alegue la mala, deberá probarla" (C.C., art. 789, encab.).

Sin embargo existe una presunción de signo contrario: "Cuando alguien ha comenzado a poseer en nombre de otro, se presume que la posesión continúa como principió, si no hay pruebas de lo contrario" (C.C., art. 774). Así quien comenzó a poseer en nombre de otro y después alega que posee por sí mismo tendrá que probar la conversión de su posesión o la interversión de su título.

4° Aun cuando la Ley obliga al poseedor a restituir la cosa cuando sea vencido en juicio de reivindicación, le otorga en las condiciones que veremos, el derecho a ser indemnizado por las mejoras que ha hecho de la cosa, robustecido a veces con un derecho de retención, y el derecho a hacer suyos ciertos frutos.

A) El poseedor puede reclamar por las *mejoras*, la suma menor entre el monto de las impensas y el mayor valor dado a la cosa siempre que las mejoras existan al momento de la evicción (C.C., art. 792). Estas reglas rigen por igual a la posesión de buena o de mala fe. El mayor valor ha de determinarse no por la diferencia entre el que tenía la cosa cuando pasó al poseedor y el que tiene cuando vuelve al propietario sino por

la diferencia entre el valor que tendría la cosa sin la mejora y el que ha adquirido con ella en el momento de su restitución.

Ahora bien, *al poseedor de buena fe* (no al de mala) corresponde *el derecho de retención* de los bienes por causa de mejoras realmente hechas y existentes en ellos, con tal que las haya reclamado en el juicio de reivindicación (C.C., art. 793).

Estas reglas relativas a las mejoras revelan que el poseedor tiene derecho con tanta mayor razón a los *gastos de conservación* que hubiere hecho en la cosa. En cambio, nada puede reclamar el poseedor, aunque sea de buena fe, por concepto *de gastos suntuarios*; pero puede llevarse los adornos con que hubiese embellecido la cosa siempre que ésta no sufra deterioro.

B) "*El poseedor de buena fe hace suyos los frutos y no está obligado a restituir sino los que percibiere después de que se le haya notificado legalmente de la demanda*" (C.C., art. 790). Obsérvese que este efecto no queda excluido por el hecho de que el poseedor conozca de la existencia de la demanda si esta no le ha sido legalmente notificada.

La regla está redactada para quien posee a título de propietario. En caso de posesión de otros derechos, el poseedor de buena fe sólo podrá hacer suyos los frutos que le hubieren correspondido si hubiera sido titular del derecho que posee.

El poseedor de mala fe, en cambio, debe restituir todos los frutas percibidos sin que al parecer tenga derecho a que se le reconozcan los gastos necesarios hechos para la producción de los mismos.

5° La *posesión puede conducir a la adquisición de la cosa o derecho poseído* a través de varias instituciones:

A) La *ocupación* y la *usucapión* de las que trataremos al estudiar los modos de adquirir la propiedad;

B) La indicada regla que atribuye al poseedor de buena fe no la cosa o derecho poseído sino los frutos percibidos antes de que sea legalmente notificado de la demanda; y

C) Las normas relativas al efecto de la posesión *en materia de muebles por su naturaleza y de títulos al portador que no constituyan universalidades* (C.C., art. 794 y 795), que por su importancia estudiaremos en el próximo acápite.

6° El poseedor puede *oponerse al embargo* de la cosa o derecho que posee cuando la medida ha sido dictada en un juicio en el cual él no es parte, dentro de la oportunidad señalada por la legislación procesal, en los casos y con los efectos que la misma indica. Cumplimos con señalar que en la materia los textos del C.P.C. derogado fueron modificados apreciablemente por el vigente.

7° Cuando por diversos contratos se hubiese alguien obligado a dar o entregar alguna cosa mueble por su naturaleza, o un título al portador, a diferentes personas, se preferirá a la persona que primero haya tomado posesión efectiva con buena fe, aunque su título sea posterior en fecha" (C.C., art. 1162).

LA POSESIÓN DE BIENES MUEBLES POR SU NATURALEZA Y DE LOS TÍTULOS AL PORTADOR

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Nuestro Derecho consagra la regla de que la "posesión de muebles equivale al título" siempre que se trate de una posesión de buena fe. Ello implica que en las condiciones que precisaremos, *el verus dominus no puede reivindicar la cosa del tercero que posea de buena fe el bien mueble* correspondiente. Es ésta entre nosotros una regla general, básica y característica de la posesión de los bienes muebles.

El Derecho Romano no establecía diferencias entre muebles e inmuebles a la hora de su reivindicación sino que en ambos casos con-

cedía al propietario la posibilidad de reivindicar su cosa en manos de cualquiera que la tuviera en su poder, independientemente de la condición del poseedor actual. Así pues, la regla general, que no carecía de excepciones aisladas, era que la posesión no tenía eficacia alguna para detener la acción reivindicatoria.

En cambio, en el Derecho Germánico se hacía una distinción entre los bienes muebles que habían salido voluntariamente del poder de su dueño y los que éste había dejado de poseer sin su voluntad. En cuanto a estos últimos, el dueño podía exigir de cualquier tercero la correspondiente restitución. Pero en cuanto a los primeros, sólo podía exigírsela a la parte a quien había entregado voluntariamente la cosa (por ej.: al arrendatario, comodatario, depositario, acreedor prendario, etc.), sin que pudiera recuperar su *Gewere* de un tercero que la hubiere adquirido de la otra parte. Sólo se admitía una restricción con respecto de las cosas hurtadas o sustraídas.

Cuando se produjo la recepción del Derecho Romano se superpusieron al sistema germánico algunas características romanas.

En primer lugar, lo que hasta entonces se planteaba en el plano de la *Gewere*, vino a plantearse en el plano de la propiedad y de la titularidad de los derechos reales: lo que era una imposibilidad de recuperar la *Gewere* se convirtió en una excepción a la eficacia de la acción reivindicatoria. Y, en segundo término no sólo se va a atender a si el dueño había perdido su *Gewere* voluntariamente o no sino que por influencia romana e incluso canónica se va atender también a las circunstancias de la adquisición hecha por el tercero y en especial a su buena fe. Se aproxima así la adquisición de la posesión de buena fe por parte del tercero a la usucapión romana y por ello se la califica de "prescripción instantánea".

En el Derecho común prevaleció el régimen romanista de la plena reivindicabilidad de la cosa mueble; pero el Código Napoleónico acogió en la materia los principios que regían en el norte de Francia y sancionó la antigua regla germánica de que *en fait de meubles la possession vaut titre*, excepto en los casos de cosas extraviadas o sustraídas.

Ese sistema, aunque con diversos matices, pasa a la mayoría de los Códigos modernos. Pero si en el antiguo Derecho podía valer la consideración de que las cosas muebles eran poco valiosas ("res vilis") y de que, por lo tanto, la regla a la que nos referimos sólo podía suponer una pérdida pequeña para el propietario, actualmente no es así, de modo que la regla se consagra sobre todo *por razones de seguridad del tráfico* para *proteger al adquirente* que ha confiado en la *apariencia creada por la posesión.*

II. DERECHO VENEZOLANO

1° Nuestra regla general en la materia esta consagrada así: "*Respecto de los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador, la posesión produce, en favor de los terceros de buena fe, el mismo efecto que el título. Esta disposición no se aplica a la universalidad de muebles*" (C.C., art. 794, ecab.).

2° Para determinar el alcance del principio es necesario tener presente que la norma : A) se refiere *sólo a los bienes muebles por su naturaleza y a los títulos al portador considerados "uti singulis"* sin alcanzar a las universalidades (sean de hecho o de derecho), lo que se trata de explicar diciendo que las universalidades no pueden ser poseídas como tales, afirmación que es, al menos, discutible; B) sólo protege *a los terceros de buena fe*, nunca a una parte frente a la otra ni a los poseedores de mala fe; y C) exige *posesión propiamente dicha* de modo que no protege a los detentadores[2].

3° La norma *no sólo permite rechazar la reivindicación sino también cualquier acción tendiente a hacer valer sobre la cosa un derecho real distinto de la propiedad.* Este efecto extintivo es semejante a la *usucapio libertatis*; pero opera instantáneamente. De igual manera, la

2. La posesión propiamente dicha se exige al tercero de buena fe que invoca la norma; poco importa que este tercero haya adquirido la cosa de un simple detentador que oculta o disimula su carácter de tal. (Cte. Sup. 3ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda. sent. 7-V-73; R&G., tomo xxxix, pp. 191-2).

norma excluye la procedencia de cualquier otra acción que condujera al resultado de hacer valer esa propiedad o derecho, así como también la posibilidad de que el *verus dominus* pretenda ser resarcido a título de víctima de hecho ilícito.

4° *En la interpretación romanista* la norma no consagra un modo de adquirir de los bienes muebles cuya propiedad sólo adquiriría el poseedor por usucapión. En cambio en la llamada posición *germanista o progresiva*, la norma de que tratamos consagra una verdadera adquisición *a non domino* puesto que atribuiría la propiedad al tercero poseedor de buena fe aun cuando la cosa le hubiere sido transmitida por quien no era su dueño. Ese modo de adquisición presentaría analogía con la usucapión y con la ocupación; pero se diferencia de la primera en que no exige el transcurso del tiempo y de la segunda en que no se refiere a *res nullius* sino a cosa ajena.

5° La doctrina llega a afirmar que en virtud de la norma que nos ocupa los bienes muebles por su naturaleza y los títulos al portador *no son reivindicables, lo cual constituye una exageración* ya que, por lo pronto, nada se opone a su reivindicación cuando se intenta por quien ha sido parte contra la otra parte ni cuando el tercero es de mala fe.

6° El principio general enunciado tiene dentro del propio Derecho *Civil complementos y excepciones* que llevan a distinguir cuatro casos:

A) *Si se trata de cosas abandonadas*, el tercero que entre a poseerlas no sólo puede invocar el encabezamiento del artículo 794 del Código Civil, sino la ocupación operada en su favor.

B) *Si se trata de cosas confiadas*, o sea, que se han entregado a otra persona en virtud de una relación de mediación posesoria (arrendamiento, comodato, depósito, prenda, etc.), hay que distinguir dos situaciones:

a) Si la cosa se encuentra en poder de la misma persona a quien se le confió, o de sus herederos, no es aplicable el encabezamiento del artículo 794 del Código Civil, ya que se trata de partes y no de terceros.

En tales condiciones, procede tanto una acción restitutoria personal por parte de quien confió la cosa, como una acción reivindicatoria por parte del dueño. Si como generalmente ocurre, fue el dueño quien confió la cosa es probable que por mayor facilidad de prueba intente la acción restitutoria personal en vez de la reivindicación.

b) Si la cosa ha pasado a estar en poder de una persona distinta de aquélla a quien se la confió y de sus herederos, se aplica el encabezamiento del artículo 794 del Código Civil, ya que el actual poseedor ya no es parte sino un tercero.

C) *Si se trata de una cosa perdida*, o sea, que se haya extraviado a su dueño, éste "podrá reclamarla de aquél que la tenga, sin perjuicio de que este último pueda exigir indemnización de aquel de quien la haya recibido" (C.C., art. 794, ap. único), a menos que el poseedor haya adquirido la propiedad conforme a las normas sobre hallazgo que estudiaremos al tratar de la ocupación. En todo caso, la correspondiente acción reivindicatoria prescribe a los dos años (C.C., art. 1968).

Sin embargo si el actual poseedor de la cosa perdida "la hubiere comprado en una feria o mercado, en una venta pública, o a un comerciante que vendiese públicamente objetos semejantes no podrá el propietario obtener la restitución de su cosa, sin reembolsar al poseedor la cantidad que le haya costado" (C.C., art., 795), norma ésta destinada a proteger la seguridad del tráfico.

D) *Si se trata de una cosa sustraída*, su dueño "podrá reclamarla de aquél que la tenga, sin perjuicio de que este último pueda exigir indemnización de aquél de quien la haya recibido" (C.C., art. 794, ap. único). La correspondiente acción reivindicatoria prescribe a los dos años (C.C., art. 1986) y si el actual poseedor "la hubiere comprado en una feria o mercado, en una venta pública o a un comerciante que vendiese públicamente objetos semejantes no podrá el propietario obtener la restitución de su cosa, sin reembolsar al poseedor la cantidad que le haya costado (C.C., art. 795).

7° *El principio general no se aplica cuando así resulta de una norma legal que somete determinados bienes muebles a otro régimen.* Así en Venezuela dicho principio general no es aplicable a las aeronaves, ni a las naves o partes de ellas, pero sí a los vehículos regidos por la Ley de Tránsito Terrestre a pesar de que ésta obligue a registrar su traspaso porque la sanción que apareja la falta de registro del traspaso es la prohibición de circular.

8° *Tampoco se aplica a quien adquiere de un comprador que a su vez ha adquirido de acuerdo con la "Ley de Venta con Reserva de Dominio"* cuando la reserva reúne los requisitos para ser eficaz frente a terceros y salvo lo previsto en el artículo 11 *eiusdem* que prácticamente reproduce el contenido del artículo 795 del Código Civil.

9° Como se estudiará en Derecho Mercantil, las normas del Código de Comercio sobre reivindicación de los títulos al portador difieren de las normas civiles.

CAPÍTULO XIV

LA PROTECCIÓN POSESORIA

FORMAS DE LA PROTECCIÓN POSESORIA. AUTODEFENSA DE LA POSESIÓN. JUICIO ORDINARIO DE POSESIÓN. PROTECCIÓN INTERDICTAL. INTERDICTO DE AMPARO. INTERDICTO DE DESPOJO. INTERDICTO DE OBRA NUEVA. INTERDICTO DE DAÑO TEMIDO O DE OBRA VIEJA.

FORMAS DE LA PROTECCIÓN POSESORIA

En Derecho comparado se conocen tres formas de protección posesoria: el derecho de autodefensa de la posesión, el juicio ordinario de posesión y la posesión interdictal.

AUTODEFENSA DE LA POSESIÓN

Varias legislaciones expresamente confieren al poseedor el derecho de "autodefensa de la posesión" que se manifiesta en una forma *doble*: *el derecho de resistencia* ante quien pretenda arrebatarle la posesión y el *derecho de recuperación* que le permite "en un límite racional de tiempo" recuperar por sí mismo la posesión de la que ha sido despojado. Pero la autodefensa de la posesión no fue consagrada en el Código italiano de 1865 y por ello tampoco en nuestro Código Civil. Sin embargo, parece insostenible que ese doble derecho sea negado al propietario, aun cuando pueda discutirse el alcance de uno y otro.

JUICIO ORDINARIO DE POSESIÓN

La protección interdictal está sometida a plazos de caducidad; pero es posible sostener que el vencimiento de tales plazos, aunque impida

defender la posesión por vía interdictal, no impide hacerlo por la vía del juicio ordinario.

La base histórica de esa opinión está en la acción publiciana romana que permitía a ciertos poseedores recobrar la posesión perdida frente a cualquier otro detentador o poseedor de inferior calidad. La base legal para admitir tal acción en Venezuela era el artículo 606 del Código de Procedimiento Civil de 1916 según el cual: "Después de pasado el año fijado para intentar los interdictos no podrá pedirse la restitución o el amparo sino en *juicio ordinario*..." (destacado nuestro). El Código reformado lo repite (C.P.C., art. 709).

Aunque indirectamente Borjas lo había aceptado con anterioridad, Arcaya fue el primero que sostuvo abiertamente la admisibilidad del juicio ordinario de posesión en nuestro Derecho[1]. La tesis fue acogida por una vieja sentencia de nuestro tribunal supremo[2] y luego por Tovar Lange[3].

En cambio, Certad rechaza esa posibilidad por la falta de un régimen legal de ejercicio de esa acción ya que la ley no señala los bienes protegidos por la acción, ni la legitimación y tiempo útil para intentarla lo que según su opinión conduciría al absurdo de que el juicio ordinario de posesión constituiría una forma de protección de mayor duración que la petitoria[4]. En cambio, Certad parece admitir que en los juicios de reivindicación, cuando ninguna de las partes tiene título, debe prevalecer aquélla que tenga o haya tenido una posesión superior a la de su contraparte. Aun cuando esta tesis ha sido recogida por una sentencia

---

1. ARCAYA, Pedro Manuel, "La acción publiciana", en *Revista de Derecho y Legislación*, Tomo 1, año 1911-2, pp. 4-6.
2. En efecto, la C.F. y Cas., Sala de Cas., en sent. de 26-II-1932 (Memoria de 1933, p. 394) sostuvo incluso que "la sentencia interdictal no produce ejecutoria sobre la posesión... en el juicio ordinario posesorio (art. 607 C.P.C.), es materia de prueba la falsedad de los fundamentos del interdicto".
3. TOVAR LANGE, Silvestre, "Interdictos", publicación N° 6 del Comité de Cultura de la Organización Estudiantil Independiente Caracas, mayo de 1959, p. 18.
4. CERTAD, Leonardo, "La Protección Posesoria", Colección de Tesis de Doctorado, vol. II, Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p. 47 y ss.

de segunda instancia[5], no creemos que la objeción de Certad en contra de la posibilidad de recurrir al juicio ordinario de posesión, sea una tesis irrefutable definitiva porque las lagunas de la ley en que se basa dicho parecer pueden ser llenadas por analogía. Por lo demás, el papel que Certad señala a la posesión dentro del juicio reivindicatorio no constituye ninguna protección autónoma de aquélla sino la atribución a la misma de valor probatorio para demostrar la propiedad conforme a la idea tradicional de que la posesión hace presumirla.

PROTECCIÓN INTERDICTAL. GENERALIDADES

I. INTRODUCCIÓN

Como señala la doctrina, la protección interdictal y la usucapión son los dos efectos más típicos de la posesión. En especial y con las salvedades que haremos *infra*, los interdictos o acciones posesorias constituyen defensas *específicas* de la posesión y tienden a consagrar el principio *possideo quia possideo.*

II. CARACTERES

1° Se discute si las acciones posesorias son acciones *reales o personales* sin que falte quien atribuya carácter real al interdicto de amparo y carácter personal al interdicto de despojo, ni quien afirme que los interdictos no pueden clasificarse ni como acciones reales ni como acciones personales. Pero *la opinión dominante es que son acciones reales.*

2° Aunque en la mayoría de los casos los interdictos son acciones *inmobiliarias*, también existen interdictos *mobiliarios.*

3° Los interdictos son *acciones interinas o de protección interina* en el sentido de que no protegen al poseedor si éste es luego vencido por el propietario o titular de otro derecho real en juicio petitorio.

---

5. Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 15-VIII-68; R. & G. Tomo XIX, pp. 87 a 92.

4° Se considera que *intentar interdictos constituye un acto de simple administración*, principio conforme al cual puede determinarse la capacidad o poder necesarios para interponerlos. En el caso concreto de la tutela de menores o de entredichos, el tutor puede intentar interdictos sin necesidad de oír previamente al protutor a diferencia de lo que ordena la regla general cuando se trata de intentar acciones en nombre de su representado (C.C., arts. 364 y 397).

5° La defensa interdictal es *autónoma* en el sentido de que se concede al poseedor en cuanto tal e independientemente de que él, el demandado o un tercero sea el verdadero titular del derecho de cuya posesión se trata.

Es más, esa titularidad no puede ser discutida dentro del juicio posesorio que debe mantenerse dentro de los límites de las situaciones de hecho comprometidas y cualquier pronunciamiento sobre la titularidad de la propiedad u otro derecho está reservado al juicio petitorio[6]. Por ello mismo, en los juicios interdictales no puede suplirse la prueba de la posesión por la prueba de la propiedad o derecho mediante sus correspondientes títulos[7], los que, no obstante, aunque éstos no son totalmente irrelevantes ya que pueden demostrar algunos de los caracteres de la

---

6. En este sentido, entre otros: Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. de X Circ. Jud. sent. de 2-IV-54 (J.T.R., vol. III, Tomo 2, p. 173); Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. Merc. y Pen. de la IX Cir. Jud. sent. de 26-X-57 (J.T.R., vol. VI, Tomo 1, p. 822); Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. de X Circ. Jud., sent. de 13-V-57; Cte. de Cas., Sala Civ., Merc. y Trab., sent. 11-XI-58 (Gac. For. N° 22, 2ª et., pp. 104-9); C. Sup. 1ª acc. en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 15-X-73 (R. & G., vol. XLI, pp. 15-19); y C.S.J., Sala Cas. Civ., sent. de 27 V-81 (Tap. N° 5, año 1981, pp. 110-111).

7. En este sentido entre otros: Juzg. 2° de 1ª Inst. en lo Civ. de la Circ. Jud. del D.F., sent. de 9-XII-53 (J.T.R., vol. III, pp. 195-6); Juzg. 1° de 1ª Inst. en lo Civ. de la X Circ. Jud., sent. de 2-IV-54, (J.T.R., vol. III, Tomo 2, p. 173); Cte. de Cas., Sala Civ., Merc. y Trab., sent. de 11-VII-SS (Gac. For. N° 9, vol. 11, 2ª etapa, p. 14); Juzg. Sup. 3° en lo Civ. y Merc. de la 1ª Circ. Jud., sent. de 6-IX-55 Q.T.R., vol. IV, tomo 11, p. 145); Juzg. 1° de 1ª inst. en lo Civ. de la 1ª Circ. Jud. sent. de 14-VIII-56, (J.T.R., vol. V, p. 578); Juzg. Circ. Merc. y Pen. de la IX Circ. Jud., sent. 26-X-57 Q.T.R., vol. VI, Tomo 1, p. 822); Juzg. 1° de 1ª Inst. en lo Civ. de la 1ª Circ. Jud., sent. de 21-XII-57), (J.T.R., vol. VI, Tomo 1, p. 813); Cte. de Cas., Sala Civ. Merc. y Trab., sent. de 3-VI-89 (Gac. For. N° 24, 2ª etapa, pp. 215-6); C.S.J., Sala de Cas. Civ. Merc. y Trab., sent. de 25-III-61 (R. & G., Tomo 111, pp 387-8); Cte. Sup. 2ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 26-III- 61 (R & G., vol. III, p. 1245); Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 16-IX-63 (R. & G., vol. VIII, pp. 46-7).

posesión (son útiles *ad colorandam possesionem* como se suele decir), pueden facilitar la prueba de su duración cuando se invoca la presunción de posesión anterior que favorece al poseedor actual que posee en fuerza de un título o cuando se invoca la continuación o la unión de posesiones. En todo caso, por la naturaleza de la posesión, la prueba documental tiene una importancia muy secundaria, mientras que la prueba testimonial es de capital importancia[8].

6° Las acciones posesorias y las acciones petitorias *no pueden acumularse* en un mismo juicio[9].

7° De acuerdo con nuestra jurisprudencia, *las cuestiones nacidas de la interpretación o inejecución* —total o parcial— *de contratos no pueden ventilarse por vía interdictal.*

En el sentido indicado se alega que la actuación de un contratante que pudiera parecer un despojo o perturbación del otro no es un ataque a su posesión sino un eventual incumplimiento contractual y que el juicio posesorio es un procedimiento especial en el cual sólo se debaten cuestiones de hecho extrañas a la esfera de los derechos. En sentido contrario, se arguye que un hecho puede ser calificado al mismo tiempo como incumplimiento de contrato y como despojo o perturbación posesoria; que la existencia de relaciones contractuales hace más ilícito el desconocimiento de la posesión; que las acciones posesorias no son subsidiarias de las acciones de incumplimiento de contrato y que no existe texto legal que apoye la tesis jurisprudencial. Pero, cualquiera que sea la opinión doctrinal que se tenga al respecto, lo cierto es que nuestra jurisprudencia en la materia es uniforme y reiterada[10].

---

8. Juzg. 1° de 1ª Inst. en lo Civ. de la 1ª Cir. Jud., sent. de 21-XI-57 Q.T.R., vol. VI, Tomo 1, p. 813) y Cte. Cas., Sala Civ. Merc. y Trab., sent. de 20-II-53 (Gac. For. N° 13, 1ª etapa p. 164).
9. Cte. Sup. 1ª Accid. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 15-X-73 (R. & G., vol XLI, pp. 16-17), que sólo se refiere a la acumulación de acciones petitorias con el interdicto restitutorio; pero cuya fundamentación es igualmente aplicable a los demás interdictos.
10. Este criterio está consolidado desde hace muchos años: C.F.C., Sala de Cas., sent. de 1ª 1-38 (Men. de la C.F.C., 1939, Tomo 2°, p. 17); Juzg. Sup. del Edo. Miranda, sent. de 5-III-53 (J.T.R., vol. III, p. 204); Cte. Sup. 3ª en lo Civ. y Merc. de la 1ª Circ. Jud., sent. de 10-VIII-54 (J.T.R., vol IV, Tomo 2, p. 142); Cte. Cas., Sala Civ. Merc. y Trab., sent. 13-XII-54 (Gac.

8° *Las sentencias que deciden acciones posesorias no amparan a perpetuidad la situación creada por ellos*; quien gana uno de estos juicios queda expuesto a ser molestado reiteradamente con nuevas acciones posesorias. La razón es evidente: la posesión se adquiere y se pierde, el poseedor de hoy puede dejar de serlo mañana.

9° *Los interdictos proceden incluso contra los actos provenientes de la Administración Pública, cuando son arbitrarios o ilegales*[11]. Así la

---

For. N° 6, 2ª etapa, pp. 229-230); Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la misma Circ., sent. de 1-III- 55 (J.T.R., vol. IV, Tomo 2, p. 141; Cte. Sup. 3ª en lo Civil y Merc. de la misma Circ., sent. de 27-VI-55 (J.T.R., vol. IV, Tomo 2, p. 142); C. Cas., Sala Civ. Merc. y Trab., sent. de 16-VIII-57 (Gac. For. N° 17, pp. 152-3); Juzg. Sup. 3° en lo Civ. y Merc. de la 1ª Circ. Jud., sent. de 24-IX-57 (J.T.R., vol. VI, Tomo I, p. 867 y ss.); Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda (J.T.R., vol. VII, tomo 2, pp. 129-130) que cita sent. de Cte. de Cas. de 6-VIII-57; Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del Edo. Aragua, sent. de 8-VIII-59 (J.T.R., vol. II, Tomo 2, pp. 135-6) que cita en su apoyo sent. de la C.F.C. de 11-I-38; Cte. Sup. 2ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 28-VII-59 (J.T.R., vol. VII, Tomo 2, p. 188); C. Cas., Sala Civ., Merc. y Trab., sent. de 5-VIII-59 (Gac. For. N° 17, 2ª etapa, pp. 153-4); Juzg. Sup. de la Circ. Jud. del Edo. Aragua, sent. de 12-VIII-60 (J.T.R., vol VIII, p. 510); Juzg. 2° de 1ª Inst. en lo Civ. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 15-XI-61 (J.T.R., vol. IX, pp. 509-10); Juzg. 1° de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. de la misma Circ., sents. de 23-II-62 (J.T.R., vol. X, pp. 344-5), 7-II-62 (J.T.R., vol. X, pp. 345-8) y 22-III-62 (J.T.R., vol. X, pp. 332-4); C.S.J., Sala Cas. Civil, Merc. y Trab., sent. de 14-VIII-63 (Gac. For. N° 41, 2ª etapa, p. 497); C. Sup. 1° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 12-VIII-63 (R. & G., vol. VIII pp. 39-40); Cte. Sup. 2ª de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 28-X-63 (J.T.R., vol. XI, pp. 330-1); C.S.J., Sala Cas. Civ., y Merc. y Trab., sent. de 14-VIII-63 (R. & G., vol. VIII, pp. 378-9) y Cte. Sup. 2ª del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 28-I-69 (R. & G., vol. XX, p. 61); C. Sup. 2ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 11-VII-72, (R. & G., vol. XXXV, pp. 82-85); Juzg. Sup. 5° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 27-XI-75 (R. & G., vol. XLIX, pp. 121-3); Juzg. Sup. 2° en Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 6-VI-77 (R. & G., vol. LVI, p. 37); Juzg. Sup. 8° en lo Civ. y Merc. de la misma Circ., sent. de 24-V-79 (R. & G., Vol. LXV, p. 182); Juzg. Sup. 2° en lo Civ. y Merc. de la misma Circ., (R. & G., vol. XVI, pp. 37-38)); C.S.J. en Sala de Cas. Civ., sent. 16-III-82 (R. &. G., vol. LXXVIII, p. 440) y Juzg. Sup. 5° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 18-V-83 sobre un caso de venta con reserva de dominio (R. & G., vol. LXXXII, p. 76-7). Aisladamente, dictaminó que no puede admitirse indiscriminadamente la doctrina francesa de que no proceden interdictos cuando las partes están vinculadas por un contrato el Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ., Merc. y Pen. de la IX Circ. Jud., sent. de 6-VIII-57 (J.T.R., vol. VI, Tomo 1, p. 819). Pero luego se volvió a nuestra jurisprudencia tradicional: v.p.ej.: C.S.J. Sala de Cas. Civ. (R & G, vol. CXIX, 1105-91, s.).

En cambio desde hace mucho tiempo se rechazó la tesis de que los hechos ilícitos no puedan dar lugar a interdictos (C.F.C., sent. de 8-X-12, Sala de Casac., J.C.D., C.V., p. 223).

11. Cte. Sup. 29 en lo Civ. y Merc. del D.F., sent. de 27-II-52 (J.T.R., vol. II, pp. 386-8), Juzg. 1° de la Inst. en lo Civ. y Merc. de la VII Cir. Jud., sent. de IO-IV-54 (J.T.R., vol. IV, Tomo II, pp. 148-9); Cte. Sup. 1a en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sents. de 22-V-64 (J.T.R., vol. XII, pp. 287-8) y de 21-VII-64 (J.T.R., vol. XII, pp. 292-4), y C.S.J., en Sala Cas. Civ., sent. de 20-III-86 (R. & G., Tomo XCIV, pp. 447-450).

jurisprudencia venezolana expresamente ha admitido la procedencia del interdicto de amparo contra actos perturbatorios causados a la posesión legítima de un inmueble por funcionarios de la Nación, los Estados y las Municipalidades, sin distinguir entre los actos realizados *iure imperii*, o sea, en interés general, contra los cuales la doctrina tradicional no admitía la procedencia de interdictos y los actos *realizados iure gestionis*, o sea, *sólo* en interés del patrimonio del Estado, contra los cuales la doctrina tradicional sí admitía la procedencia de interdictos. Naturalmente cuando estos juicios, aunque sean especiales, se propongan contra la Nación ha de observarse el previo procedimiento administrativo que exige la Ley[12].

De acuerdo con Kummerow (ob. cit., pág. 19) cierta jurisprudencia ha llegado a admitir la defensa interdictal del poseedor de bienes del dominio público, no obstante el texto del artículo 778 del Código Civil[13].

10° La tesis tradicional de nuestro Supremo Tribunal era que los interdictos *procedían contra la ejecución de actos judiciales siempre que el querellante no fuera parte en el juicio respectivo*. Naturalmente el querellado no podía ser el Tribunal sino la persona que solicitó la medida.

Una tendencia moderadora reclamó la necesidad de un requisito adicional: la arbitrariedad del acto judicial, concepto que no logró definirse satisfactoriamente.

No obstante, los Tribunales de Instancia a veces discrepaban del criterio del Supremo Tribunal, entre otras, por las siguientes razones: el enervamiento de las medidas judiciales mediante interdictos las hace nugatorias en la práctica; el solicitante de la medida no puede ser calificado de autor del despojo o perturbación porque los bienes en cuestión no son puestos en su poder; es absurdo calificar de arbitrarias las medidas

12. C.S.J., Sala Pol. Adm. sents. de 15-VII-63 (R. & G., vol. VIII, pp. 435-6), de 23-VI-64 (Gac. For. N° 45, 2ª etapa pp. 89-90).
13. Juzg. 1° de 1ª Inst. en lo Civ. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 21-XI-60 (J.T.R., vol. VIII, pág. 475). Las sentencias de la C.S.J. en Sala Pol. Adm. de 13-XII-64 y 19-X-64 (Gac. For, 2ª etapa, N° 45, pág. 231 y N° 46, pp. 26-32), aunque literalmente favorecen la misma tesis, en nuestro criterio, podrían ser el resultado de una vacilación en la determinación de lo que debe entenderse por playa, entendida ésta como bien del dominio público.

que los Tribunales están legalmente facultados para dictar; el tercero que se crea perjudicado por la medida tiene señaladas vías especiales para hacer valer sus pretensiones (la oposición incidental y la tercería), y los límites que la ley impone a los terceros que quieran hacer oposición al embargo se burlarían fácilmente si se permite a esos terceros recurrir a los interdictos.

En 1965 la Corte Suprema de Justicia cambió su jurisprudencia y pasó a sostener *que no proceden interdictos contra las determinaciones y medidas de las autoridades jurisdiccionales legítimas y que los sujetos afectados por tales medidas disponen de vías legales que garantizan su derecho, pero no de la vía* interdictal[14].

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1° En el Derecho Romano los interdictos eran los edictos del Pretor por medio de los cuales prohibía a una parte ejecutar actos lesivos contra la otra. Especial importancia tuvieron los interdictos *posesorios* entre los que podían distinguirse:

A) Los interdictos *adispicendi possessionis*, que tenían por objeto adquirir la posesión.

B) Los interdictos *retinendae possesionis*, que tenían por objeto mantener a posesión y entre los cuales se contaban los *interdictos uti possidetis y utrubi.*

C) Los interdictos *recuperandae possessionis*, que tenían por objeto permitir al poseedor recuperar su posesión y entre los cuales se encontraban los interdictos de *clandestina possessione*, de *recuperandi unde vi* y de *precario.*

14. C.S.J., Sala de Cas. Civ., Merc. y Trab., sent. de 2-II-65 (Gac. For. N° 48, 2ª etapa, p. 501 y ss.), reiterada por sent. de 1-II- 66 (R. & G., vol. XIV, p. 452).

Conoció también el Derecho Romano, los interdictos de *novi operis nunciatio* y *de damni infecti* correspondientes a nuestro interdictos de obra nueva y de daño temido.

2° El *Derecho Canónico* amplió considerablemente el campo de aplicación de los interdictos *recuperandae possessionis*, al establecer como principio general que el despojado debía ser, ante todo, restituido en su posesión. Asimismo aparece, hasta cierto punto, la distinción entre tres clases de interdictos:

A) El interdicto *de reintegro* o en reintegro, que corresponde a nuestro interdicto de despojo;

B) El interdicto *de queja* que corresponde a nuestro interdicto de amparo;

C) El interdicto *de denuncia* de obra nueva.

Sin embargo, en la Edad Media muchas veces no se consideraban esas tres clases de interdictos como tres acciones diferentes *sino como una sola*, que producía distintos efectos de acuerdo con la situación de hecho que la originara.

3° *Actualmente*, es tradicional en nuestro Derecho enumerar cuatro interdictos:

A) El interdicto de amparo, mantenimiento o queja;

B) El interdicto de despojo, restitución o reintegro;

C) El interdicto de obra nueva; y,

D) El interdicto de daño temido o de obra vieja.

Sin embargo, no se admite unánimemente que esos cuatro interdictos sean posesorios. El propio Código de Procedimiento Civil llama interdictos posesorios a los dos primeros y prohibitivos a los otros dos.

IV. COMPETENCIA

El conocimiento de los interdictos *corresponde exclusivamente a la jurisdicción civil ordinaria* salvo lo dispuesto en leyes especiales (C.P.C., art. 697), salvedad que se introdujo ante el hecho de que en materia agraria ya se había atribuido por vía de ley especial competencia a los Tribunales de esa jurisdicción.

La regla general es que el Juez competente para conocer de los interdictos es el que ejerza la jurisdicción civil ordinaria en Primera Instancia en el lugar donde esté situada la cosa objeto de ellos (C.P.C., art. 698, *in limine*); pero debe tenerse en cuenta que respecto de la posesión hereditaria lo es el de la jurisdicción donde se haya abierto la sucesión (C.P.C., art. 698, *in fine*) y que respecto de los interdictos "prohibitivos" (los de obra nueva y de daño temido u obra vieja), es competente el Juez de Distrito o Departamento del lugar donde esté situada la cosa, a menos que hubiese en la localidad un Tribunal de Primera Instancia en lo Civil, en cuyo caso corresponde a éste el conocimiento del asunto (C.P.C., art. 712).

INTERDICTO DE AMPARO

I. INTRODUCCIÓN

El interdicto de *amparo, queja o mantenimiento* protege al poseedor contra las perturbaciones de que puede ser objeto su posesión. Su finalidad, pues, es hacer cesar dichas *perturbaciones* para restablecer la situación existente antes de que éstas ocurrieran.

II. SUPUESTO DE PROCEDENCIA

1° El interdicto de amparo supone una *perturbación posesoria consumada* sin que baste una simple tentativa de perturbación posesoria ni el temor fundado de ella[15].

15. Categóricamente, C.F.C., Sala de Cas., sent. de 31-I-47 (Mem. de la C.F.C., 1948, p. 225). En el mismo sentido y en relación con simples amenazas verbales; C. Sup. 2° en lo Civ. y Merc. de la XVI Circ. Jud., sent. de 14-VIII-56 (J.T.R., vol. V, p. 578), Cte. Sup. 1° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 8-X-74 (R. & G., vol. XLV, p. 10), confirmada por la C.S.J., en Sala Cas. Civ., Merc. y Trab., sent. de 27-II-75 (R. & G., vol. XLVI pp. 391-2).

Se entiende por perturbación posesoria todo acto voluntario que contradiga la posesión de otro, con ánimo de querer sustituir por la posesión propia la que hasta entonces se ejercía y que implique un cambio que impida al poseedor seguir ejerciendo la posesión tal como la venía ejerciendo[16].

Si el cambio es tan radical que priva al poseedor de su posesión, compartimos la opinión de que en nuestro derecho vigente no hay perturbación posesoria sino despojo. Pero sobre todo en los países que no prevén el interdicto de despojo sino para el caso de despojo violento o clandestino se suele decir que el despojo no es sino la perturbación posesoria máxima para permitir al despojado sin violencia ni clandestinidad intentar el interdicto de amparo. Sin embargo, también en Venezuela donde el interdicto de despojo procede incluso cuando el despojo no es violento ni clandestino, se ha sostenido que el despojo no es sino una clase de perturbación. Tal era, por ejemplo, la opinión del doctor Naranjo Osty. En cambio la jurisprudencia dominante y en particular, *el criterio de nuestro Supremo Tribunal es que perturbación y despojo son conceptos excluyentes*[17] y, por ende, no admite la acumulación de los interdictos de amparo y de restitución aunque acepta que se proponga uno como subsidiario del otro.

16. En consecuencia, se distinguen en la perturbación posesoria dos elementos: uno intencional (la contradicción de la posesión que hasta entonces se ejercía con ánimo de rivalizar con ella o de querer sustituirse en ella) y otro, fáctico (el cambio que impide al poseedor seguir poseyendo tal como lo venía haciendo). En este sentido, fue muy explícito el Juzg. 1° de 1ª Inst. en lo Civ. de la 1ª Circ. Jud., sent. de 30-IX-57 (J.T.R., vol. XXI, p. 448). Destacan el primer elemento: Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 19-VI-60 (R. & G., tomo II, pp. 11-14); Juzg. Sup. 1° en lo Civ. y Merc. de la misma Circ., sent. de 10-VII-60 (J.T.R., vol. VIII, pp. 484-6); y Cte. Sup. 2ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 5-V-72 (R. & G., vol. XXXIV, p. 1245) que también se refiere al elemento fáctico.

17. En este sentido, explícitamente: Juzg. 1° de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc., sent. de 13-V-57 (J.T.R., vol. VI, Tomo I, pp. 823 y ss.); Juzg. Sup. de la XIV Circ. Jud., sent. de 16-XII-58 (J.T.R., vol. VII, tomo II, p. 138); Juzg. 1° de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 19-II-60 (J.T.R., vol VIII, pp. 501-3); C.S.J., Sala Cas. Civ., Merc. y Trab., sent. de 6-II-64 (R. & G., vol. IX, p. 392); Juzg. Sup. 2° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 2-VIII-65 (J.T.R., vol. XII, p. 710); Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 3-II-69 (R. & G., vol. XX, p. 23); y Cte. Sup. 2ª en lo Civ. y Merc. de la misma Circ., sent. de 5-V-72 (R. & G., vol. XXXIV pp. 124-5). El número de decisiones que implícitamente admiten el mismo criterio es muy alto.

2° Para que exista perturbación *posesoria no es necesario que se cause daño material o económico*[18] al poseedor, aunque frecuentemente sucede así. En todo caso, el resarcimiento de esos daños, cuando los hay, constituye un pedimento independiente del pedimento de ser mantenido en la posesión y debe hacerse en juicio diferente.

3° El hecho de que exista perturbación posesoria *es independiente de la buena o mala fe* del poseedor y del perturbador.

4° La perturbación puede ser de *derecho* (cuando el perturbador pretende hacer valer un derecho contra el poseedor) o de *hecho* (cuando el perturbador no invoca ningún derecho contra el poseedor).

5° La perturbación puede afectar la posesión de toda la cosa o sólo de parte de ella. En este último caso, las pruebas[19], defensas y efectos del fallo se limitan a la posesión de la parte correspondiente.

6° No existe perturbación posesoria cuando la actuación se realiza con el consentimiento expreso o tácito del poseedor porque una actuación tal no implica el desconocimiento de la posesión.

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA

1° En principio sólo puede intentar el interdicto el *poseedor legítimo ultra anual* (C.C., art. 782, encab.). Si la perturbación recae en un accesorio de un bien basta la posesión ultra anual del bien principal. Así si alguien es perturbado en una edificación muy reciente le bastará haber poseído legítimamente el suelo por más de un (1) año.

2° Sin embargo, *el poseedor precario* puede intentar la acción en nombre e interés del que posee, a quien le es facultativo intervenir en el juicio (C.C., art., 782, aparte 1°). Desde luego en este caso la persona para quien posee el detentador debe ser un poseedor legítimo ultra anual. Obsérvese que quien tiene la posesión legítima ultra anual de un derecho

---

18. Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 19-VI-60 (R. & G., tomo II, pp. 11-14).
19. Sentencia citada en la nota 18 de este Capítulo.

real y la posesión precaria de la cosa puede intentar el interdicto tanto en nombre e interés propio como en nombre e interés de la persona para quien posee la cosa.

3° Se exige que la posesión sea *ultra anual* para evitar que la persona protegida por el amparo sea a su vez un poseedor expuesto al interdicto de despojo (que sólo puede intentarse dentro del año siguiente al despojo).

Sin embargo, el último aparte del artículo 782 del Código Civil establece que "En caso de una posesión (legítima) por menos tiempo, el poseedor no tiene esta acción sino contra el no poseedor o contra quien lo fuere por un tiempo más breve". Pero la Corte Suprema de justicia en 1964 y luego en 1966 consideró que existía una flagrante contradicción entre el primero y el segundo párrafo del artículo 782 puesto que el primero condiciona el interdicto de amparo a una posesión ultra anual y el último acepta para su procedencia una posesión sin sujeción a lapso alguno; que en consecuencia la Corte debía pronunciarse por una u otra disposición y que por varias razones optaba por la primera de modo que la regla del último aparte citado carecía de aplicación[20].

IV. LEGITIMACIÓN PASIVA

El interdicto debe intentarse contra *el autor de la perturbación o sus sucesores a título universal.* El hecho de no realizar personalmente los actos perturbatorios, no excluye que quien haya encargado a otro la realización de los mismos sea considerado autor de la perturbación. En caso de comunidad, el comunero poseedor perturbado puede intentar el interdicto contra el comunero no poseedor que lo perturbe.

---

20. C.S.J., Sala Cas. Civ., Merc. y Trab., sents. de 4-XI-64 (Gac. For. N° 46, pp. 475-6) y 10-III-66 (R. & G., vol XIV, p. 472). Una decisión más reciente sin implicar un cambio de criterio es menos elocuente (C.S.J., Sala Cas. Civ., sent. de 2-VI-77 R & G, vol. LVI, p. 449).

V. BIENES PROTEGIDOS

De acuerdo con la letra de la ley, el interdicto sólo procede cuando se trata de la posesión *de un inmueble, de un derecho real, o de una universalidad de muebles* (C.C., art. 782, encab.). Pero ha de entenderse *que el derecho real debe ser inmobiliario* porque sería incomprensible que el legislador negara el interdicto al poseedor de la cosa mueble *uti singulis* (*rectius* al poseedor de la propiedad de una cosa mueble), y se lo concediera a quien sólo posee un derecho real limitado sobre la misma[21].

En cuanto a las universalidades de muebles, la doctrina dominante es que la ley comprende tanto a las universalidades de hecho como de derecho.

Se ha discutido mucho acerca de la posibilidad de que el interdicto de amparo pueda intentarse para proteger la posesión del derecho marcario. En nuestro concepto, ese derecho —sea o no sea un verdadero derecho de propiedad— es un derecho real; pero un derecho real mobiliario y, como dijimos más arriba, el interdicto de amparo no protege sino los derechos reales inmobiliarios. Así pues que sin entrar en el análisis de otras cuestiones relacionadas con el problema creemos que la razón expuesta es suficiente para negar la aplicabilidad del interdicto de amparo a la posesión del derecho marcario.

VI. PLAZO

1° El interdicto debe intentarse *dentro del año contado a partir de la fecha de la perturbación* (C.C., art. 782, encab.).

Si la perturbación consistió en varios hechos repetidos y sucesivos, el plazo comienza a correr desde la fecha del primero de ellos. Si, en cambio, se han sucedido hechos perturbatorios distintos nacen tantas acciones como hechos, cada una sujeta a su propio plazo.

---

21. En el mismo sentido, pero basada en otra argumentación: Ctc. Cas., Sala Cas. Civ., Merc. y Trab., sent. de 27-VI-53 (Gac. For. N° 1, 2ª etapa, p. 433).

2° El plazo señalado es de *caducidad*[22].

VII. PRUEBAS A CARGO DEL ACTOR

El querellante tiene la carga de probar:

1° Que es el poseedor legítimo ultra anual o, en su caso, que detenta en nombre del poseedor legítimo ultra anual.

2° Que existe la perturbación posesoria. Y,

3° Que el demandado es el autor de la perturbación o su causa habiente a título universal.

VIII. EXCEPCIONES DEL DEMANDADO

A su vez el querellado puede oponer:

1° Las *excepciones de rito,* o sea, cualquier prueba que contradiga las pruebas que están a cargo del demandante y

2° La *caducidad* de la acción.

IX. EFECTOS

Si el interdicto es declarado con lugar, el Tribunal condena al demandado a cesar en su perturbación, o sea, a *restablecer la situación posesoria* en que se encontraba el actor antes de la perturbación, lo que puede comprender incluso la demolición de obras efectuadas por el querellado. *En cambio,* la sentencia *no puede pronunciarse sobre la propiedad o la titularidad de los derechos reales* de que se trate *ni incluir condenas a resarcir daños causados.*

22. Criterio reafirmado recientemente por la C.S.J., Sala de Cas. Civ., sent. de 7-V-R7 (Tap., N° 5, 1987, p. 95).

X. NATURALEZA

La doctrina unánimemente califica como al posesorio el interdicto de amparo. Es más, para algunos autores es el único interdicto posesorio porque es el único en el que se discute quien es el poseedor.

INTERDICTO DE DESPOJO

I. INTRODUCCIÓN

El interdicto de despojo, de reintegro o de restitución adquirió en el Derecho venezolano vigente un campo de aplicación muy amplio. Hasta el Código Civil de 1922, este interdicto sólo procedía en los casos de despojo clandestino o violento, mientras que nuestro legislador desde 1942 lo concedió *en todo caso de despojo* al disponer que "Quien haya sido despojado de la posesión, cualquiera que ella sea, de una cosa mueble o inmueble, puede, dentro del año del despojo, pedir contra el autor de él, aunque fuere el propietario, que se le restituya en la posesión" (C.C., art. 783).

II. SUPUESTO DE PROCEDENCIA

1° El interdicto presupone el *despojo del poseedor*. Ahora bien, por despojo se entiende el acto de *privar a alguien de la posesión o de la simple tenencia* de una cosa contra su voluntad o al menos sin su voluntad, con el ánimo de sustituirse en esa posesión o tenencia[23].

Excluye pues, toda idea de despojo el hecho de que el poseedor o detentador, voluntariamente, entregue a otra persona su posesión o tenencia.

---

23. Al respecto fue muy clara la C. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 26-6-72 cuando expresó que: "Presupuesto indispensable para la existencia del despojo es la privación real y efectiva de la cosa poseída... Pero... no basta el simple aspecto negativo de la desposesión sufrida sino que es exigida coetáneamente la sustitución en la posesión, o sea que el despojador ocupe el lugar del despojado" (R. & G., vol. XXXIV, pp. 78-9).

Tampoco pueden considerarse despojo aquellos actos en los que no existe el *animus spoliandi*, o sea, el conocimiento y la intención de privar a otro de su posesión o tenencia para sustituirla por la propia posesión o tenencia. Así no existe despojo cuando alguien ha entrado en la detentación de la cosa en interés del poseedor o detentador (por ejemplo, con la exclusiva intención de poner la cosa a salvo de un peligro), si está dispuesto a la correspondiente restitución. Tampoco hay despojo cuando alguien destruye materialmente la cosa porque quien así procede no se sustituye en posesión o tenencia alguna.

2° El despojo puede ser *total o parcial* según afecte la posesión o detentación de toda la cosa o de una parte de ella[24]. En ambos casos procede el interdicto; pero es evidente que en el segundo caso las pruebas[25], y defensas así como los efectos del fallo que recaiga se limitan a la parte en cuestión.

3° Como se ha señalado, *no existe en nuestro Derecho la dificultad para distinguir despojo y perturbación* que existe en los ordenamientos que sólo conceden el interdicto de restitución cuando el despojo ha sido clandestino o violento; pero que permiten intentar el interdicto de amparo al despojado sin violencia o clandestinidad (por ejemplo, mediante engaños).

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA

El interdicto de despojo puede intentarlo "Quien haya sido despojado de su posesión, cualquiera que ella sea" (C.C., art. 783),lo que ha interpretado nuestra doctrina y jurisprudencia en el sentido de que está

24. Juzg. Sup. de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 19-II-60 (J.T.R., vol VIII, p. 502 y Juzg. 3° de la Inst. en lo Civ. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda sent. de 17-II-64 (J.T.R., vol. XII, p. 474).
25. C. Cas. Sala Civ. sent. de 28-V-57 (Gac. For. N° 16, 2ª Et. p. 127).

legitimado *incluso el simple detentador*[26]. Así, a diferencia del interdicto de amparo, la procedencia del interdicto de despojo no supone posesión legítima ni ninguna antigüedad en la posesión[27].

En su caso, el coposeedor puede ejercer la acción contra otro coposeedor que prive a aquél de su coposesión para pasar a ejercer una posesión exclusiva; el comunero que está poseyendo con exclusión de los demás puede intentar el interdicto contra sus comuneros si éstos a su vez lo despojan de su posesión, y todo coposeedor puede ejercer la acción contra el tercero que prive a los coposeedores de su coposesión.

IV. LEGITIMACIÓN PASIVA

1° El interdicto de despojo debe intentarse "contra el autor de él aunque fuere el propietario" (C.C., art. 783). No se requiere que el "spoliator" ejecute personalmente los actos de despojo, pues bien puede valerse de otras personas que siguiendo sus instrucciones realicen materialmente dichos actos[28].

Según la doctrina el interdicto puede intentarse también contra la persona que instigó a otro a realizarlo, ya que aquélla es también autor —moral— del despojo.

De igual modo puede intentarse el interdicto contra los sucesores a título universal del autor —material o moral— del despojo, puesto que éstos no pueden rechazar la acción siendo su posesión la misma que la de su causante. No ocurre lo mismo con el sucesor a título particular del *spoliator*. Sin embargo la doctrina, aún en países donde falta un texto

---

26. Juzg. 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. Primer Circuito de la IX Cir. Jud., sent. de 9-IV-52 (J.T.R. vol. III, p. 391); C. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 28-VII-59 (J.T.R. vol. VII, Tomo II, p. 188) y C.S.J., Sala de Cas. Civ., Merc. y Trab. sent. de 20-VI-74 (R. & G. vol. XLIII, p. 405-6).
27. C.S.J., Sala Cas. Civ., Merc. y Trab., sent. de 7-VIII-62 (R. & G., vol. VII, p. 329).
28. Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. de la IX Circ. Jud., sent. de 10-II-58 (J.T.R., vol. VII, Tomo 2, p. 195).

expreso al respecto, admite que puede ser intentado contra el sucesor a título particular cuando éste haya conocido el despojo consumado por su causante. Si son varios los autores del despojo, éstos están solidariamente obligados a la restitución[29].

Obsérvese que el ejercicio del interdicto, de hecho, queda impedido cuando se desconoce la identidad del *spoliator* o de sus sucesores.

2° Aun cuando no lo diga la Ley, el interdicto de despojo sólo puede ser intentado *contra quien posea o detente la cosa* porque caso contrario el juicio sería inútil ya que no podría producir su efecto propio que es restituir al actor su posesión o detentación.

V. BIENES PROTEGIDOS

Textualmente la Ley se refiere a la posesión de *muebles o inmuebles*. Se discute si el interdicto es procedente cuando el despojo se refiere a derechos reales. Nuestra jurisprudencia con muy buen criterio se pronuncia mayoritariamente por la afirmativa[30]. En dicho sentido sostiene que *el despojo de los derechos reales es posible* y que consiste en privar al poseedor de un modo permanente del ejercicio del derecho; y que el aparente silencio del legislador no es tal porque en la terminología del Código Civil la palabra "cosas" comprende también a los derechos.

---

29. Juzg. Sup. 10° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 26-X-81 (R. & G.), vol. LXXV, pp. 156-8).
30. En este sentido: Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda sent. de 23-VII-52 (J.T.R. vol. II, pp. 388-9); Cte. de Casación, Sala de Cas. Civ., Merc. y del Trab., sent. de 11-VIII-52 (Gac. For. N° 11, 1ª et., p. 549); Juzg. Sup. en lo Civ. y Merc. de la XI Circ. Jud., sent. de 25-X-55 (J.T.R., vol. IV, Tomo II p. 179)- C.S.J. Sala de Cas. Civ., Merc. y Trab., sent. de 14-XII-76 (R. & G., vol. LIV, pp. 494-5); C.S.J., Sala de Cas. Civ., sent. de 9-XII-80 (R. & G., vol., LXXI, p. 575) y Juzg. Acc., 2° del Juzg. Sup. 10° de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 7-V-83 (R. & G., vol. LXXXI, p. 152-3. Sin embargo, en el sentido de que los derechos reales limitados no son susceptibles de despojo sino de perturbación: C. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sents. de 3-VI-S9 (J.T.R., vol VII, Tomo II, pp. 150-1) y 27-II-64 (R. & G., vol- IX, p. 53).

VI. PLAZO

La acción debe *intentarse dentro del año del despojo*, so pena de *caducidad*.

El plazo se inicia el día de la culminación del acto de despojo, sin que deban tomarse en cuenta actos previos de perturbación ni los actos dirigidos a producir el despojo mientras no hayan logrado este efecto[31].

El plazo, como todo plazo de caducidad, corre aun contra los menores y entredichos, y no puede ser interrumpido[32].

VII. PRUEBAS A CARGO DEL ACTOR

El demandante debe probar:

1° Que era *poseedor o detentador* para el momento mismo en que ocurrió el despojo[33].

2° El *hecho del despojo.*

3° Que el demandado es el *autor del despojo o su sucesor a título universal o su sucesor a título particular* conocedor de que su causante era autor del despojo[33bis].

---

31. Cte. de Cas., Sala de Cas. Civ., Merc. y Trab., sents. de 5-VIII-S9 (Gac. For. N° 17, 2ª et, pp. 128-9) y de 25-V-60 (R & G. vol. I pp. 606-7).
32. C,S.J., Sala Cas. Civ., sent. 7-V-85 (Tap. N° 45, año 1987, p. 95).
33. Juzg. 1° de 1ª Inst. en lo Civ. de la 1ª Circ. Jud., sent. de 19-IX-57 (J.TR., vol VI Tomo I, p. 848 ; CSJ. Sala Cas. Civ , Merc. y Trab., sent. de 3-IV-62 (R & G., vol. V, pp. 452-3); Juzg. 3° de 1ª Inst. en lo Civ. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda (J.TR., vol XIII, p. 474); y Juzg. Sup. 1° en lo Civil. de la Circ. Judicial del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 13-XII-73 (J.TR., vol XII, p. 456). Hay que tener en cuenta la especialidad del caso en que los herederos invocan la continuación de la posesión; CSJ., Sala Cas. Civ., sent. de 12-VII-65 (R & G., vol XIII, pp. 396 y ss.).

33bis Sobre la necesidad de notar el hecho del despojo, su tutoría y fecha: Juz. Sup. 2° en lo Civ., Mer. y del Trans. (R. & G. tomo CXX, p. 598-92).

4° Que *el demandado posee o detenta* la cosa.

5° La *identidad* entre la cosa de la cual fue despojado el actor y la que posee o detenta el demandado.

VIII. EXCEPCIONES DEL DEMANDADO

El demandado puede oponer:

1° Las excepciones de *rito*, o sea, cualquier prueba que contradiga las pruebas que están a cargo del actor, y

2° La *caducidad* de la acción.

IX. EFECTOS

1° Si el interdicto de despojo es declarado con lugar, la sentencia condena al demandando a *restituir* la cosa al actor. No cabe pronunciamiento sobre la propiedad de la cosa o titularidad de otro derecho, que es materia petitoria y no posesoria, ni procede la condena al pago de los daños, y perjuicios causados por el despojo, que es materia de otra acción.

Por otra parte, casación ha mantenido que en la ejecución del interdicto de despojo no cabe la demolición de las construcciones existentes en el terreno que se ordena restituir, porque ello equivaldría a declarar a quien las ejecutó "constructor de mala fe en terreno ajeno" cuando el juicio interdictal sólo versa sobre posesión[34].

2° Ahora bien, *la restitución de la posesión en caso de despojo no excluye el ejercicio de las demás acciones posesorias de parte de cualquier poseedor legítimo* (C.C., art. 784).

---

34. C.S.J., Sala de Casación Civ., sent. de 3-V-73 (R & G., vol XXXIX, págs. 414-416).

Al interpretar la citada norma, nuestro Supremo Tribunal estableció que la misma autorizaba el ejercicio de cualquier interdicto por parte del poseedor legítimo, después de haberse resuelto el despojo siempre que concurran los requisitos de Ley para su ejercicio y afirmó que ese nuevo interdicto puede ser el de despojo llamado por la doctrina "amparo con fines restitutorios" porque, por una parte, sólo puede ser intentado por el poseedor legítimo como es característico del interdicto de amparo y, por otra, persigue la recuperación de la cosa como es propio del interdicto restitutorio. Al propio tiempo, destacó que "es indispensable que si el nuevo interdicto se suscita entre las mismas partes del anteriormente resuelto, el hecho que le sirva de base no puede ser el mismo, ni tampoco el que sea consecuencia del fallo citado"[35].

INTERDICTO DE OBRA NUEVA

I. CONSAGRACIÓN LEGAL

La Ley dispone que:

> *Quien tenga razón para temer que una obra nueva emprendida por otro, sea en su propio suelo, sea en suelo ajeno, cause perjuicio a un inmueble, a un derecho real o a otro objeto poseído por él, puede denunciar al Juez la obra nueva, con tal que no esté terminada y de que no haya transcurrido un año desde su principio* (C.C., art. 785).
>
> *El Juez, previo conocimiento sumario del hecho y sin audiencia de la otra parte, puede prohibir la continuación de la nueva obra o permitirla, ordenando las precauciones oportunas; en el primer caso, para asegurar el resarcimiento del daño producido por la suspensión de la obra, si la oposición a su continuación resultare infundada por la sentencia definitiva; y en el segundo para la demolición o reducción de la obra y para el resarcimiento de los daños que puedan sobrevenir al denunciante, si éste obtiene sentencia definitiva favorable, no obstante el permiso de continuar la obra* (C.C., art. 785, ap. único).

35. C.S.J., Sala de Cas. Civ., Merc. y Trab., sent. de 16-VI-63 (Gac. For. N° 41, p. 356).

II. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

1° Para que proceda el interdicto que tratamos es necesario que exista "una obra nueva emprendida por otro, sea en su propio suelo, sea en suelo ajeno".

A) Para que pueda hablarse de "*obra* nueva" se requiere que se trate del resultado de una actividad humana.

B) Si la obra ya existía (no es nueva) el interdicto procedente es el interdicto de daño temido o de obra vieja.

C) Es necesario que la obra sea ejecutada "en el suelo" lo que comprende las obras ejecutadas en cosas que a su vez estén incorporadas al suelo. Por lo demás, es irrelevante que el suelo en cuestión pertenezca al ejecutor de la obra o a un tercero.

2° El actor debe tener razón para temer que la obra cause perjuicio a un inmueble, a un derecho real o a otro objeto.

A) Ese temor debe ser *fundado*, puesto que la Ley lo concede a "Quien tenga razón para temer...". La determinación de si el temor es fundado o no, es una cuestión de hecho que en último término corresponderá apreciar al Juez.

B) El temor debe ser causado por el peligro que representa la *continuación* de la obra nueva.

C) *Es necesario que el perjuicio no se haya causado aún.* Si el daño ya se produjo el interdicto es improcedente porque ya no puede cumplir su finalidad que es preventiva. Sin embargo, si la obra nueva ya ha causado algunos daños; pero existe razón para temer que cause otros más en lo futuro puede intentarse el interdicto por lo que se refiere a estos posibles daños futuros.

D) *El perjuicio a que se refiere la Ley* cuando se trata de un inmueble o de "otro objeto" es su destrucción o deterioro total o parcial y

en el caso de los derechos reales es la privación del mismo (por ej.: por destrucción del objeto sobre el cual recae) o el estorbo en su ejercicio siempre que para éste se requiera el uso de la cosa y que ese uso no pueda ser objeto de posesión porque en caso de serlo se estaría frente a un caso de perturbación posesoria en el cual la acción procedente sería el interdicto de amparo.

E) El objeto amenazado puede ser un inmueble, un derecho real u "otro objeto". Esta última expresión *incluye a los muebles*.

3° Es necesario que la obra *no esté concluida* porque la finalidad que puede perseguir el actor al intentar el interdicto es que se paralice la construcción o que se tomen ciertas precauciones caso contrario.

4° El interdicto debe intentarse *antes de que haya transcurrido un año desde el principio de la obra*.

A) El plazo de referencias es de *caducidad, no* de prescripción.

B) Para algunos autores el simple hecho de acumular los materiales constituye el principio de la obra; otros exigen que haya comenzado la construcción. En general, se sostiene que el plazo debe empezarse a contar desde el momento en que se realicen actos enderezados a la ejecución de la obra que permitan descubrir con certeza la intención de ejecutarla.

C) En todo caso el plazo corre independientemente de que el posible actor conozca o ignore el hecho de que se haya emprendido la obra nueva.

D) Aunque los trabajos de ejecución de la obra sean suspendidos por un lapso más o menos largo, el término corre de igual manera desde el inicio de aquélla.

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA

1° Puede intentar la acción el poseedor. Ello se deduce del texto literal de la Ley que se refiere a "Quien tenga razón para temer que una obra nueva... cause perjuicio a un inmueble, a un derecho real u a otro objeto *poseído* por él, puede denunciar al Juez la obra nueva...". En el mismo sentido puede alegarse que la norma figura en el Título consagrado a la posesión.

Nuestra jurisprudencia considera que el interdicto puede ser intentado no sólo por el poseedor propiamente *dicho sino también por el detentador*.

2° Dada la finalidad de la acción, algunos autores consideran que el interdicto puede ser intentado por el actor a título de propietario o de titular de un derecho real incluso cuando no es poseedor. Dentro de esta corriente se discute si el interdicto puede ser intentado por el acreedor hipotecario o si éste sólo puede invocar la protección que le confiere el artículo 1894 del Código Civil.

IV. LEGITIMACIÓN PASIVA

La cuestión central en la materia gira en torno a si este interdicto es personal o real. Si se admite que es personal sus efectos sólo podrían hacerse valer frente al ejecutor de la obra o sus sucesores a título universal. Caso contrario, también pueden hacerse valer contra cualquier causahabiente del ejecutor de la obra, aun cuando lo sea a título particular.

Esta última opinión es, en nuestro criterio, la más acertada porque el objeto del derecho del actor es la obra misma. Dentro de esta tesis, si el juez dicta la prohibición de proseguir la obra, dicha prohibición subsiste aun cuando haya habido un cambio de dueño.

En caso de condominio, la doctrina suele sostener que si el peligro proviene de que no se hayan ejecutado obras de conservación de la cosa

común ningún comunero tiene acción contra otro; pero que si el peligro está determinado por la actividad de otros comuneros, la acción procede contra éstos.

V. EFECTOS

El C.P.C. vigente establece en la materia un procedimiento diferente donde no se distinguen las dos fases, sumaria y plenaria, previstas en el Código derogado.

Según el nuevo régimen, el querellante hará la denuncia ante el Juez competente expresando el perjuicio que teme y las circunstancias de hecho pertinentes al caso y presentará junto con su querella *el título que invoca para solicitar la protección posesoria*. Seguidamente, el Juez *en el menor tiempo posible, examinará cuidadosamente si se han llenado dichos extremos, se trasladará al lugar indicado en la querella, y asistido por un profesional experto, resolverá sin audiencia de la otra parte, sobre la prohibición de continuar la obra nueva, o permitirla* (C.P.C., art. 713).

Si el Juez resuelve permitir la continuación de la obra, *se oirá apelación al querellante en ambos efectos* (C.P.C., art. 714, últ. aparte, *in fine*).

En cambio *si el Juez prohibiere la continuación de la obra nueva* —prohibición que puede ser total o parcial— *dictará las medidas que considere necesarias* para hacer efectiva esa decisión y conforme al art. 785 del Código Civil exigirá al querellante las garantías oportunas *para asegurar al querellado el resarcimiento del daño que la suspensión de la obra le pueda producir y que resulten demostrados en el procedimiento ordinario a que se refiere el artículo 716* del C.P.C. (C.P.C., art, 714, encab.). Las obras que se realizaren no obstante la prohibición judicial *serán destruidas por cuenta del dueño y los respectivos pagos serán abonados por éste* (C.P.C., art. 714, ap. 1°). La resolución por la cual el Juez prohiba la continuación de la obra puede ser apelada por el querellado; pero dicha apelación no suspende la prohibición mientras decida

el Superior puesto que la misma sólo se oirá *en un solo efecto* (C.P.C., art. 714, últ. ap., *in limine*).

Por otra parte, prohibida la continuación de la obra, el querellado puede también pedir al Tribunal que le permita continuarla, caso en el cual el Juez *con el dictamen favorable de los expertos* que nombrará al efecto, podrá acordar la autorización solicitada, *previo el cumplimiento de las recomendaciones y medidas de seguridad que hayan indicado los expertos* (C.P.C., art. 715, encab.), y exigiendo al querellado *las garantías oportunas para asegurar al querellante el resarcimiento del daño que la continuación de la obra le pueda producir*, y que resulte demostrado en el procedimiento ordinario a que se refiere el artículo 716 (C.P.C., art. 715, ap. único).

En lo sucesivo, todas las reclamaciones entre las partes se ventilarán fuera del procedimiento interdictal en procedimiento ordinario, en el entendido de que la demanda deberá proponerse dentro del año siguiente a la terminación de la obra nueva o dentro del año siguiente al Decreto que hubiere ordenado la suspensión total o parcial de la obra (C.P.C., art. 716, encab.). Caso contrario, consumada la caducidad *quedarán extinguidas las garantías constituidas en el interdicto* (C.P.C., art. 716, único ap.).

VI. NATURALEZA

1° Tradicionalmente se ha considerado el interdicto de obra nueva como una acción posesoria. Contra esta opinión se ha señalado que en este interdicto no se discute la posesión en el sentido de que ninguna de las partes pretende sustituirse en la posesión de la otra. Esta opinión parece ser la más acertada y además la más conforme con la concepción de nuestro legislador que en el Código del Procedimiento Civil no lo regula dentro de la sección intitulada "De los interdictos posesorios" sino en la sección "De los interdictos prohibitivos". Sin embargo hay autores modernos que sostienen la tesis tradicional antes indicada, que tiene apoyo ahora en la letra del art. 713 C.P.C.

En todo caso, quienes admiten que el interdicto puede ser intentado por el propietario o titular de un derecho real en su condición de tales y sin que sean poseedores, necesariamente habrán de concluir que, al menos en esa hipótesis, el interdicto es una acción petitoria.

2° De acuerdo con nuestra jurisprudencia, en este interdicto puede discutirse la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho real en el sentido de que el ejecutor de la obra puede probar una u otra para justificar su construcción.

INTERDICTO DE DAÑO TEMIDO O DE OBRA VIEJA

I. CONSAGRACIÓN LEGAL

Dispone la Ley que: *Quien tuviere motivo racional para temer que un edificio, un árbol o cualquiera otro objeto amenace con daño próximo un predio u otro objeto poseído por él, tendrá derecho a denunciarlo al Juez y de obtener, según las circunstancias, que se tomen las medidas conducentes a evitar el peligro, o que se intime al interesado la obligación de dar caución por los daños posibles* (C.C., art. 786).

II. DENOMINACIÓN

Ninguno de los dos nombres con que se conoce el interdicto de que tratamos, es feliz. El nombre de "daño temido" podría aplicarse con igual propiedad al interdicto de obra nueva y el nombre de "obra vieja" no tiene en cuenta que la procedencia del interdicto que nos ocupa no presupone una *obra* en el sentido de un resultado de la actividad humana.

III. SUPUESTOS DE PROCEDENCIA

1° Es necesario que exista un temor racional de que un edificio, un árbol u otro objeto amenace con causar un daño próximo.

A) El temor debe ser *racional*, o sea, fundado, lo que en último término es una cuestión de hecho que le toca resolver al Juez.

B) El temor debe obedecer a un *daño próximo* que un edificio, árbol u otro objeto pueda causar.

C) La fuente del daño temido (un edificio, un árbol o cualquier otro objeto) puede ser cualquier cosa capaz de *producirlo sin que sea necesario que se trate de una "obra" propiamente dicha,* o sea, del resultado de una actividad humana.

D) El objeto que crea la *amenaza debe existir ya.*

E) El daño temido debe ser *próximo,* lo que se contrapone tanto a daño actual como a daño remoto. Si el daño ya se ha producido el interdicto carece de sentido porque ninguna de las decisiones que en él puede tomar el Juez podría remediar la situación. Sin embargo, si ya se han producido daños; pero existe temor fundado de que se causen otros daños, el interdicto procede respecto de estos últimos.

F) El daño temido debe consistir en una *destrucción o deterioro.*

2° El objeto amenazado puede ser un predio "u otro objeto" expresión que debe interpretarse en toda su amplitud literal; pero desde luego no incluye a las personas ya que éstas no son objetos.

3° Obsérvese que este interdicto *no está sometido a ningún plazo de caducidad.*

IV. LEGITIMACIÓN ACTIVA

En esta materia procede repetir cuanto se ha dicho sobre la legitimación activa en el interdicto de obra nueva.

V. LEGITIMACIÓN PASIVA

El interdicto debe intentarse contra la persona que será responsable en caso de producirse el daño que se teme.

VI. EFECTOS

1° De acuerdo con el C.P.C. derogado, si el Juez declaraba con lugar el interdicto podía ordenar que se tomaran "las medidas conducentes a evitar el peligro" o que el demandado prestara "caución por los daños posibles"; pero no podía condenar al pago de daños causados ni resolver cuestiones propias de juicio petitorios.

2° Conforme al C.P.C. vigente se procederá de acuerdo con el artículo 713 *eiusdem* y el Juez resolverá según las circunstancias sobre las medidas conducentes a evitar el peligro o intimará al querellado a constituir garantías suficientes para responder de los daños posibles "de acuerdo a lo pedido por el querellante" (C.P.C., art. 717).

De la resolución que dicte el Juez "cualquiera que ella sea" se oirá apelación a un solo efecto (C.P.C., art. 718) y en lo sucesivo "toda reclamación entre las partes se ventilará por el procedimiento ordinario" (C.P.C., art. 719).

VII. NATURALEZA

Respecto de la naturaleza del interdicto es aplicable lo dicho bajo 1°, al tratar de la naturaleza del interdicto de obra nueva (v. *supra*).

Sección Tercera
DERECHOS REALES DEFINITIVOS

Subsección primera
LA PROPIEDAD

CAPÍTULO XV

LA PROPIEDAD: GENERALIDADES

INTRODUCCIÓN. TERMINOLOGÍA. CONCEPTO. CARACTERES. SUJETO. OBJETO. EXTENSIÓN. CONTENIDO.

INTRODUCCIÓN

Con el presente Capítulo comenzamos el estudio del derecho de propiedad, uno de los derechos más frecuentes de cuantos existen; objeto de innumerables polémicas filosóficas, políticas, sociológicas y económicas, y cuya regulación es tan importante que, con cierta exageración, podría decirse que caracteriza el tipo de las sociedades contemporáneas.

Desde el ángulo técnico-jurídico es oportuno recordar que la propiedad por su carácter de derecho definitivo y pleno viene a ser el derecho real por excelencia. Tan es así que frecuentemente la Teoría General de los Derechos Reales peca por haber sido elaborada con los ojos puestos exclusivamente en la propiedad con la consecuencia negativa de que se hacen afirmaciones generales a todos los derechos reales que sólo son verdaderas en relación con la propiedad o con la propiedad y algunos otros derechos reales.

TERMINOLOGÍA

Estrechamente vinculado al vocablo propiedad se encuentra la palabra *dominio*. Existen, en realidad, no pocos intentos de distinguir entre ambos términos. A veces, en efecto, se afirma que uno de los dos términos es el género y que el otro constituye la especie[1], y otros sostienen que cada una de las palabras se refiere a un aspecto diferente de una única realidad[2]. Sin embargo, en la actualidad, la mayoría de la doctrina —a cuyo criterio nos acogemos— utiliza propiedad y dominio como términos sinónimos.

CONCEPTO DE DERECHO DE PROPIEDAD

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

1° En el *Derecho justinianeo* se definía la propiedad como la "*plena in res potestas*". Se trata de una definición *sintética* en el sentido de que no enumera las facultades inherentes al derecho en cuestión.

2° En cambio, los *post-glosadores* al definir la propiedad siguieron el camino inverso, *analítico o cuantitativo*, de enumerar los "atributos" o poderes que comprende el derecho de propiedad. Así se llegó a la famosa definición de que: "*Dominium est jus utendi, fruendi, atque abutendi res sua quatenus juris ratio patitur*". Autores posteriores añadieron otras facultades a las señaladas por los post-gloradores por estimar que la citada fórmula tripartita no abarcaba la totalidad de los poderes del propietario.

3° En el *Código Civil Napoleónico* se definió la propiedad bajo influencia del criterio de los post-glosadores como "el derecho de usar,

---

1. Hay, por ejemplo, quien sostiene que *propiedad* comprende toda relación de pertenencia o titularidad mientras que *dominio* sólo alude a la pertenencia o titularidad de cosas corporales.
2. Existen autores para quienes *dominio* se refiere a la potestad que el sujeto despliega sobre la cosa y *propiedad* a la relación de pertenencia de la cosa a la persona, de manera que el primero de los términos acentuaría el aspecto subjetivo de la materia mientras que el segundo pondría el énfasis sobre el aspecto objetivo.

gozar y disponer de la cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o los reglamentos" (C.C., fr. art. 544). Esa definición con mayores o menores variantes pasó a toda una serie de Códigos que siguen el modelo francés.

4° En la *doctrina contemporánea*, a partir de los pandectistas alemanes del siglo pasado, se critica —acertadamente— todo intento de definir la propiedad por el método analítico o cuantitativo y, sobre todo a partir del presente siglo, se tiende a señalar que la propiedad, además de constituir un derecho individual, tiene una función social (lo que en el fondo también es aplicable a los demás derechos).

II. DERECHO VENEZOLANO

1° Nuestro Código Civil define la propiedad como *el derecho de usar, gozar y disponer de una cosa de manera exclusiva con las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley* (C.C., art. 545). Se sigue así la línea general del Código Civil francés; pero se añade la mención de la exclusividad del derecho y en vez de poner énfasis sobre su carácter "absoluto" o ilimitado[3], se señala que está sometido a "las restricciones y obligaciones establecidas por la Ley".

2° Naturalmente *puede criticarse la definición de nuestro legislador* por diversos conceptos.

A) La propiedad en su estado normal comprende facultades que no caben dentro de la enumeración legal de los atributos usar, gozar y disponer.

B) La propiedad en su situación normal se caracteriza por la plenitud de sus poderes y la indeterminación de los mismos, en el sentido de que no es una simple suma de facultades concretas sino un *poder genérico que permite al propietario hacer con la cosa todo cuanto sea lícito*. Y,

3. Es frecuente calificar un derecho de absoluto para expresar que es pleno e ilimitado cuando sería preferible entender por derecho absoluto al que tenga eficacia "erga omnes".

C) Al mismo tiempo, en situaciones especiales, como por ejemplo cuando se ha constituido enfiteusis o usufructo sobre una cosa, el propietario sin perder su carácter de tal, carece no obstante de buena parte de las facultades que le señala la definición de nuestro legislador.

3° Por lo demás, debe destacarse que la Constitución concibe que la propiedad *"estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones* que establezca la Ley con fines de utilidad pública o de interés general" (Constitución, art. 115). Dentro de esa concepción, el constituyente prohibió la formación de monopolios y los declaró contrarios a los principios fundamentales de la Constitución junto con el abuso de la posición de dominio y de las demandas concentradas (Const., art. 113); previó la expropiación por causa de utilidad pública o interés social (Const., art. 101); estableció el destino de las tierras adquiridas para explotaciones mineras —incluidas las de hidrocarburos— (Const., art. 103) y declaró contrario al interés social el régimen latifundista (Const., art. 104).

CARACTERES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

I. LA PROPIEDAD ES UN DERECHO EXCLUSIVO O EXCLUYENTE

La propiedad es un *derecho exclusivo o excluyente* en el sentido de que el propietario se beneficia él solo de todos los provechos de la cosa sin tener para ello necesidad jurídica de exigir la colaboración de otra persona; pero también en el sentido de que el titular puede impedir a los terceros que concurran al uso, goce y disposición de la cosa. Desde este punto de vista es de señalar que la Ley faculta al propietario para reivindicar la cosa (C.C., art. 548); obligar al vecino al deslinde y, de acuerdo con las leyes y ordenanzas locales, o en su defecto, los usos del lugar y la clase de la propiedad, para construir a expensas comunes las obras que separan las propiedades contiguas (C.C., art. 550), así como también permite a cualquiera cercar su fundo, salvo los derechos de servidumbre que puedan pertenecer a terceros (C.C., art. 551).

La exclusividad de la propiedad *no implica, en cambio, que la cosa deba pertenecer a una sola persona sin que nadie más tenga derechos*

sobre ella. Por lo contrario, es posible que la propiedad esté en manos de dos o más personas (copropiedad) y también que, además del propietario, una o más personas tengan derechos sobre la cosa (por ej.: usufructo, servidumbres, etc.). Así pueden concurrir varias personas a la propiedad y ésta puede coexistir con otros derechos.

II. LA PROPIEDAD ES UN DERECHO PLENO O ABSOLUTO

En principio, la propiedad implica un poder pleno sobre la cosa de "amplitud genérica" y que faculta al titular para todo cuanto no esté prohibido sin que, por tanto, sea fácil determinar todas las facultades concretas que implica.

Esa plenitud en Roma casi no tenía límites. Hoy en día, en cambio, se acentúan tanto las limitaciones específicamente establecidas por la Ley como los límites genéricos que provienen de la idea o principio de que la propiedad tiene una función social y de las sanciones establecidas para el caso de abuso del derecho[4]. Sin embargo, aun así puede afirmarse que en materia de propiedad existe un principio de ilimitación en el sentido de que, en principio, la propiedad otorga un poder que no tiene límites, de modo que no procede reconocer éstos en ausencia de un principio general o una disposición específica que los establezca.

Sea oportuno el momento para repetir en fuerza de lo expuesto, que la propiedad en su contenido normal, no se agota en el derecho de usar, gozar y disponer de la cosa de manera exclusiva.

En doctrina es frecuente que el carácter de plenitud reciba también otros nombres como el de generalidad y que se exprese de otra manera, como por ejemplo, diciendo que el derecho de propiedad es absoluto o ilimitado.

---

4. De acuerdo con nuestro Código Civil existe abuso de derecho cuando en el ejercicio del mismo se exceden las limitaciones fijadas por la buena fe o por el objeto en vista del cual se ha sido conferido ese derecho, y quien abusa de su derecho debe reparar el daño que con ello le cause a otro (C.C., art. 1185, ap. único).

III. LA PROPIEDAD ES UN DERECHO ELÁSTICO

Aun cuando la propiedad en su situación normal sea un derecho pleno, es posible que por diversas razones, especialmente por la existencia de derechos reales en cosa ajena, las facultades del propietario estén reducidas en mayor o menor grado ("comprimidas" si se quiere), con la particularidad de que la propiedad recobra su plenitud tan pronto cesa la causa que originó la merma indicada. Así, por ejemplo, si el propietario concede su fundo en enfiteusis su derecho de usar, gozar y disponer viene a quedar reducido a bien poco sin dejar por ello de ser propietario y con la peculiaridad de que extinguido el derecho de enfiteusis recobra el concedente la plenitud de sus facultades. Es por ello que se dice que *la propiedad es elástica*: admite reducción en el volumen de sus poderes; pero tiende siempre a recobrar la plenitud de los mismos.

IV. EL DERECHO DE PROPIEDAD ES PERPETUO

El derecho de propiedad es un derecho perpetuo en el sentido de que no lleva en sí una causa de extinción por razón del tiempo. Incluso si la cosa perece por el transcurso del tiempo es el perecimiento de la cosa y no el tiempo transcurrido lo que extingue la propiedad.

Desde otro punto de vista, la propiedad perdura aun cuando su titular no ejerza ninguna de las facultades que le corresponden como tal o, dicho de otra manera, la *propiedad no se extingue por el simple no uso*. Ello no obsta *sin embargo* para que la *posesión de un tercero* por el tiempo y en las condiciones señaladas por la ley conduzca a ese tercero a adquirir por usucapión; pero en dicha hipótesis no es la inercia del titular la que extingue su derecho sino la actuación posesoria del tercero lo que hace nacer el suyo. Así mismo, como se sabe, la propiedad no se extingue por la muerte de su titular sino que se transmite por sucesión.

Se pretende señalar como casos de propiedad temporal el derecho de propiedad industrial y el derecho de autor; pero lo que ocurre en nuestro concepto es que tales derechos no son verdaderos derechos de propiedad.

Por otra parte, otras pretendidas propiedades temporales o resolubles son casos en que el término, la condición u otra causa de resolución extinguen los efectos traslativos de un acto jurídico; pero no la propiedad misma, la cual simplemente cambia de manos.

V. EL DERECHO DE PROPIEDAD ES AUTÓNOMO

La propiedad, a diferencia de los demás derechos reales, es un derecho autónomo en el sentido de que no presupone la existencia de un derecho de mayor alcance sobre la cosa.

SUJETOS DEL DERECHO DE PROPIEDAD

En principio, *toda persona, natural o jurídica, puede ser propietaria. Es más*, como se ha dicho, *un mismo derecho de propiedad* puede pertenecer a dos o más personas, de modo que existe tanto la propiedad singular o solitaria, concentrada en manos de uno solo como la co-propiedad donde el derecho se encuentra compartido por dos o más personas. No obstante, existen *incapacidades legalmente consagradas* que impiden a ciertas categorías de personas adquirir determinadas clases de bienes.

OBJETO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

En la actualidad, es frecuente afirmar que todas las cosas que pueden constituir objetos de derecho, son apropiables y que sí están específicamente determinadas pueden ser objeto del derecho de propiedad. Sin embargo, las peculiaridades propias de los derechos concedidos por la Ley sobre las cosas incorporales justifican en nuestro concepto que tales derechos no sean calificados de derechos de propiedad y de que, por ende, el objeto de la propiedad se limite a las cosas corporales (Véase, Capítulo II).

EXTENSIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD

I. De acuerdo con una fórmula usual, aunque discutida y discutible, el derecho de propiedad se extiende *a la cosa, a lo que ésta produce y a lo que se le una en calidad de accesorio y de modo inseparable.* Como veremos al estudiar la accesión se discute si la propiedad sobre los proventos de la cosa y sobre sus accesorios es una extensión de la propiedad de la cosa fructífera y principal o si implica la adquisición de una nueva propiedad.

II. En materia *inmobiliaria* deben hacerse algunas consideraciones acerca de *la extensión espacial de la propiedad.*

1° En el plano horizontal, el límite de la propiedad son los llamados *linderos o confines.*

2° La delimitación vertical es más difícil a pesar del principio básico de que "La propiedad del suelo lleva consigo la de la superficie y de todo cuanto se encuentre encima o debajo de ella" (C.C., art. 549).

A) En cuanto al límite superior, los romanos solían decir que la propiedad llegaba *ad coelum.* Hoy en día, es difícil señalar un límite preciso; pero se suele admitir que los derechos del propietario llegan hasta la altura donde pueda ejercer útilmente su derecho sobre el suelo, altura ésta que, por cierto, se modifica con el progreso de la técnica.

B) En cuanto al límite inferior los romanos solían decir que la propiedad del suelo llegaba *ad inferos* y los romantistas sostuvieron que alcanzaba hasta el centro de la tierra.

Cuando se desarrolló la minería y los reyes o el Estado consideraron que las minas eran regalías o propiedades suyas, nació la idea de que a partir de cierta profundidad se extinguía el derecho del propietario y de que el sub-suelo, y por tanto las minas pertenecían al rey o al Estado. Pero cuando se cayó en cuenta de que existían minas superficiales que también eran regalías reales o estatales se encontró que la teoría del sub-suelo no explicaba lo que se deseaba y se concluyó que en razón de las minas no había un límite inferior de la propiedad sino que simplemente la propiedad del suelo no se extendía a las minas.

Modernamente se ha adoptado en materia de límite inferior el mismo criterio de utilidad que en materia de límite superior.

3° En todo caso deben dejarse a salvo numerosas disposiciones especiales, prácticamente imposibles de recoger en su totalidad, que limitan la extensión de la propiedad predial.

CONTENIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD

I. FÓRMULA TRADICIONAL

A conciencia de que la plenitud y elasticidad del derecho dificultan el estudio del contenido del derecho de propiedad o de los atributos de ésta, ante la necesidad de abordar el tema tomaremos como punto de partida la afirmación tradicional recogida por nuestro legislador de que la propiedad (en su contenido normal) comprende el derecho de usar, gozar y disponer de la cosa.

1° Facultad de disponer

Aun cuando se haya dicho que no es posible describir exhaustivamente el poder de disposición, podemos afirmar que se manifiesta tanto en la disposición material como en la disposición jurídica de la cosa.

En razón del poder de *disposición material*, el propietario tiene derecho a destruir o consumir la cosa y en razón de su poder de *disposición jurídica,* puede decidir que no subsista su propiedad sobre la cosa (abandonándola), que su propiedad se transfiera a otra persona o que su propiedad quede gravada en virtud de que consiente en constituir derechos reales sobre la cosa en favor de otras personas.

Naturalmente, el poder de disposición tiene límites. Por una parte, la Ley declara inalienables y no gravables ciertos bienes como el hogar y, por otra, impide su transferencia a determinadas personas por razones diversas. Pero, además se discute acerca de la validez de las cláusulas de inalienabilidad que pueden figurar en determinados negocios jurídicos, especialmente en testamentos y donaciones siendo el criterio más aceptable aquél de que, en ausencia de disposición legal especial, tales cláusulas sólo son válidas cuando la inalienabilidad es temporal y responde a motivos justificados.

Aun cuando existen casos en que el poder de disposición aparece "mutilado" siempre subsiste virtualmente mientras subsista la propiedad de modo que recobra su plenitud cuando cesa la causa de su "comprensión" (constitución de hogar, prohibición de enajenar y gravar, etc).

2° Facultad de uso y goce

Resulta tan difícil en la práctica distinguir entre los poderes de uso y goce de la cosa que el Código Civil italiano de 1865 optó por englobarlos bajo la denominación única de "goce". Sin embargo, generalmente, se entiende que el derecho de goce consiste en la facultad del propietario de hacer suyo todo cuanto proviene de la cosa (sus frutos y productos dirían los romanos), y que el derecho de uso consiste en la facultad de aplicar la cosa a todos los servicios que puede prestar sin destruirla ni consumirla.

II. FÓRMULA BIPARTITA DE PLANIOL

Bajo la influencia italiana, Planiol prefiere describir el contenido del derecho de propiedad señalando que los atributos del derecho se desdoblan en actos materiales de goce y consumo y en actos jurídicos.

Los actos materiales de goce y consumo recaen directamente en la cosa y comprenden el derecho de usar y destruir la cosa materialmente o de transformar su sustancia.

En cambio, los actos jurídicos recaen sobre el derecho de propiedad y consisten en la transferencia a otro sujeto de todo o parte del derecho de goce o consumo que corresponde al titular. Si la transferencia es total se está frente a una enajenación de la cosa, caso contrario, se produce una "desmembración" de la propiedad[5].

III. CRÍTICA MODERNA

A riesgo de repetirnos recordaremos que la doctrina moderna critica el sistema de indicar el contenido del derecho de propiedad mediante la enumeración de las facultades del propietario por varias razones.

---

5. Oportunamente señalaremos lo impropio del concepto de desmembración de la propiedad y destacaremos que la constitución de derechos reales en cosa ajena no es un negocio puramente traslativo.

1° Normalmente la propiedad no se agota en las facultades de usar, gozar y disponer;

2° Excepcionalmente, el propietario puede haber perdido una o todas las facultades enumeradas sin haber dejado de ser propietario; y

3° En consecuencia, lo característico de las facultades del propietario es que, en principio, son plenas sin que puedan distinguirse facultades concretas separadas y con la peculiaridad de que esa plenitud puede verse comprimida hasta el máximo con la característica de que al cesar la causa de limitación, reaparece la plenitud de los poderes del propietario.

CAPÍTULO XVI

DERECHO DE GOCE Y ACCESIÓN IMPROPIA

DERECHO DE GOCE. LA ACCESIÓN EN GENERAL: CONCEPTO, CLASES, FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA. LA ACCESIÓN IMPROPIA: GENERALIDADES, FRUTOS Y PRODUCTOS, CLASIFICACIÓN DE LOS FRUTOS, MOMENTO DE ADQUISICIÓN DE LOS FRUTOS Y PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A ELLOS

DERECHO DE GOCE

I. De acuerdo con la definición legal de propiedad, una de sus facultades es la de gozar de la cosa (C.C., art. 545).

II. Aisladamente tomada, la expresión "gozar de la cosa" es *multívoca*, ya que puede tener diversos significados:

1° En un *sentido muy amplio*, el goce de la cosa comprende todas las facultades del propietario, de modo que decir que se tiene el derecho al goce de una cosa puede entenderse como equivalente a decir que se es propietario de ella. Naturalmente no es éste el sentido de la expresión en el citado artículo 545 toda vez que allí se enumeran separadamente del goce tanto el uso como la disposición de la cosa.

2° *Los comentaristas italianos del Código de 1865* daban a la expresión uno de los siguientes sentidos:

A) Parte de la doctrina consideraba que el derecho de goce era la facultad del propietario de utilizar directamente la cosa, mientras que

B) La mayoría de los autores definía el goce como la suma de lo que los romanos denominaban *jus utendi* y *jus fruendi*, lo que tampoco coincide con el concepto de goce en la norma mencionada de nuestro Código Civil porque allí se distingue entre las facultades de usar y de gozar de la cosa.

3° *En sentido romanista tradicional y estricto*, el goce es el derecho del propietario de hacer suyos por accesión los proventos de la cosa. En este sentido el derecho de goce coincide con el *jus fruendi* romano y viene consagrado por nuestra ley en los siguientes términos. *Los frutos naturales y los frutos civiles pertenecen por derecho de accesión al propietario de la cosa que los produce* (C.C., art. 552, encab.).

III. En consecuencia, el estudio del derecho de goce nos conduce al estudio de la accesión de la cual no es sino un aspecto, forma o clase.

LA ACCESIÓN EN GENERAL

I. CONCEPTO

La Ley no formula una definición general de accesión; pero de los artículos que encabezan cada uno de los dos capítulos dedicados a la institución puede inferirse que para el legislador la accesión es

> el derecho en virtud del cual el propietario de una cosa hace suyo todo lo que la cosa produce y toda otra cosa que se le una o incorpore —natural o artificialmente— en calidad de accesorio y de modo inseparable (C.C., art. 552 y 554).

II. CLASES DE ACCESIÓN

La propia definición de accesión lleva implícita la existencia de dos clases de accesión:

1° La *accesión discreta, por producción o impropia*, que es el derecho en virtud del cual el propietario hace suyo todo lo que la cosa produce. Y,

2° La accesión *continua, por unión o propia*, que es el derecho en virtud del cual el propietario hace suyo todo lo que se una o incorpore a la cosa —natural o artificialmente— en calidad de accesorio y de modo inseparable.

Como señala Castán, muy gráficamente, la accesión impropia implica un movimiento de adentro hacia afuera (de la cosa a su provento), mientras que la accesión propia entraña un movimiento de afuera hacia adentro (de una cosa hacia otra a la cual se une o incorpora).

Como puede verse claramente, la accesión impropia no responde al sentido etimológico de la accesión (*ad*, a, hacia; *cedere*, aproximarse), y en ella, como dice Josserand, opera una separación en el sentido de que el propietario hace suya otra cosa que se separa de la que originalmente le pertenecía.

III. FUNDAMENTO DE LA ACCESIÓN

La mayoría de los autores justifica la accesión con el aserto de que "lo accesorio sigue a lo principal".

Sánchez Román ve como fundamento de la accesión impropia un principio de justicia, identificado con el derecho de propiedad, puesto que si las cosas nos pertenecen es por las utilidades y provechos que derivan de ellas entre las cuales se encuentran las cosas que las mismas producen. A su vez, el fundamento de la accesión propia, como se verá mejor en el próximo capítulo, está en la necesidad y utilidad.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCESIÓN

1° En el plano de las teorías sobre la cuestión se destacan tres posiciones:

A) Los romanistas consideran que la accesión es un *modo de adquirir el dominio*.

B) Una segunda corriente, representada entre otros por Demolombe, Ricci y Valderde, afirma que la accesión es una simple facultad o extensión del dominio. A este criterio responden los Códigos Civiles alemán, español e italiano de 1865.

C) La tesis *ecléctica* distingue entre ambas clases de accesión y afirma que mientras la accesión propia es un modo originario de adquirir el dominio, la accesión impropia es una simple prolongación del derecho de propiedad sobre la cosa a cuyos proventos se extiende el dominio como consecuencia de la propiedad que se tiene sobre aquella cosa y sin que la adquisición derive de un nuevo título o causa legal.

2° Nuestro legislador no hace ninguna declaración expresa en la materia; pero parece haber concebido la accesión como una facultad inherente al derecho de propiedad tanto por la ubicación de las respectivas normas del Código como por el hecho de que la accesión no aparece mencionada entre los modos de adquirir (C.C., art. 796).

LA ACCESIÓN DISCRETA, POR PRODUCCIÓN O IMPROPIA

I. GENERALIDADES

Establecido su concepto y vistas las diferentes teorías acerca de su naturaleza jurídica, debemos insistir con Sánchez Román en que su fundamento es el mismo fundamento del derecho de propiedad, ya que si la cosa nos pertenece es en virtud de los provechos que es capaz de proporcionarnos.

Conviene insistir también en que la accesión impropia sobre todo en relación con los frutos naturales se caracteriza por el hecho de que el propietario hace suyo "todo aquello que las cosas producen en virtud de sus propias fuerzas internas" y que en cierto sentido no es una causa *legal* de que aumente nuestra propiedad porque el aumento proviene de la cosa misma (con o sin la intervención del hombre).

II. FRUTOS Y PRODUCTOS

1° Cuando nuestro legislador se refiere a la accesión impropia habla "Del derecho de accesión respecto del producto de la cosa" (C.C., Libro II, Título II, Cap. II), y luego declara que "*Los frutos* naturales y *los frutos* civiles pertenecen por derecho de accesión al propietario de la cosa que los produce" (C.C., art. 552). Ellos nos conducen pues al examen de los conceptos de *frutos y productos*.

2° De acuerdo con una *clasificación romana* los proventos de una cosa podían ser frutos o productos.

Los frutos eran definidos como todo lo que proviene de la cosa periódicamente y sin alteración ni disminución sensible de substancia, mientras que los productos eran definidos como todo lo que proviene de la cosa en forma no periódica y con alteración o disminución sensible de sustancia. Ejemplos clásicos de frutos eran las frutas de los árboles y las crías de los animales, y de productos, las piedras de las canteras.

3° Esa distinción tal como la entendían los romanos *ha sido suprimida en nuestro Código Civil al menos a los efectos de la accesión*. En efecto: A) La denominación del Capítulo pertinente, conjugada con el art. 552 del Código Civil, revela que el legislador llama producto de las cosas a sus frutos y B), En los ejemplos de frutos naturales que enuncia el legislador incluye los productos de las minas o canteras" (C.C., art. 552, ap. In). Así pues, *al menos en materia de accesión*, el legislador utiliza frutos y productos como sinónimos para comprender todos los proventos de las cosas.

Sin embargo, *en otras materias*, nuestro Derecho somete a lo que los romanos llamaban "productos" a un régimen distinto del aplicable a lo que en Roma era conocido como "frutos". Así, por ejemplo, en materia de usufructo, el usufructuario, en principio no tiene derecho a lo que los romanos llamaban productos con algunas importantes excepciones relativas a ciertos productos que eran objeto de explotación organizada antes de constituirse el usufructo y que por ello parte de la doctrina llama "frutos por disposición de la ley". De modo similar, en el arrendamiento

de predios rústicos, el arrendatario, aunque tiene un derecho genérico a los frutos, en principio no tiene ese derecho sobre lo que los romanos llamaban productos.

III. CLASIFICACIÓN DE LOS FRUTOS

Establecido que, a propósito de la accesión, en Derecho venezolano frutos son todos los proventos de las cosas, nuestro legislador los divide en *frutos naturales y frutos civiles.*

"Son frutos naturales los que provienen directamente de la cosa, con o sin industria del hombre, como los granos, las maderas, los partos de los animales y los productos de las minas o canteras" (C.C., art. 552, ap. 1°). Así pues el legislador engloba bajo denominación de frutos naturales a los que en otras legislaciones se llaman frutos naturales e industriales según sean obra espontánea de la naturaleza o supongan la intervención del hombre. Ello se justifica plenamente porque los frutos que no requieren de la intervención humana, aparte de que hoy en día son de poca importancia, están sujetos al mismo régimen jurídico que los demás.

"Los frutos civiles son los que se obtienen con ocasión de una cosa, tales como los intereses de los capitales, el canon de las enfiteusis y las pensiones de las rentas vitalicias" (C.C., art. 552, ap. 2°). "Las pensiones de arrendamiento se colocan en la clase de frutos civiles" (C.C., art. 552, ap. 3°). Como se observa, los frutos civiles provienen de lo que *económicamente* pudiéramos llamar cesiones del goce de las cosas[1].

Algunos autores engloban los frutos naturales y civiles bajo la denominación de frutos por su naturaleza o propiamente dichos para contraponerlos a los productos (en el sentido romano) y aun señalan la categoría de "frutos por decisión de la ley" para referirse a aquellos proventos que, aun cuando responden al concepto romano de producto, sin embargo son sometidos por la ley al régimen aplicable a los frutos

1. En estricto sentido jurídico la expresión no sería exacta: los intereses por ejemplo, son la contrapartida de cesiones del capital y no simplemente de su uso (aunque el capital haya de ser reembolsado).

(siempre en el sentido romano de la palabra). Pero, insistimos en que, *al menos a propósito de la accesión*, estas clasificaciones son ajenas no sólo al texto de la ley sino a su intención que es la de no distinguir entre frutos y productos.

IV. MOMENTO DE LA ADQUISICIÓN DE LOS FRUTOS

1° El interés de la distinción entre frutos naturales y civiles estriba en que es diferente el *momento de la adquisición* de los mismos.

2° Los frutos naturales, aun cuando no haya norma general expresa al respecto, se consideran como parte de la cosa que los produce mientras no sean separados de ella[2]. En consecuencia, el propietario no adquiere tales frutos como cosas distintas sino cuando ocurre su *separación* por el correspondiente procedimiento de percepción (cosecha, recolección, tala, extracción, etc.). Aplicación de la regla indicada es la norma sobre usufructo según la cual: "Los frutos naturales que al principiar el usufructo no estén desprendidos pertenecerán al usufructuario; y los que no lo estén todavía, cuando termine el usufructo, pertenecerán al propietario" (C.C., art. 585).

3° En cambio, para la adquisición de los frutos civiles es suficiente que el titular del derecho *se encuentre investido del derecho de disfrute en el momento en que se causa el rendimiento.* En consecuencia, la Ley dispone que "Los frutos civiles se reputan adquiridos día a día" (C.C., art. 552, penúlt. ap.), o sea, en proporción al tiempo de que se trate. Aplicación de esa regla general es la norma en materia de usufructo de que "Los frutos civiles pertenecen al usufructuario en proporción de la duración del usufructo" (C.C., art. 587).

---

2. Es por ello que se consideran inmuebles "Los árboles mientras no hayan sido derrumbados" y "Los frutos de la tierra y de los árboles, mientras no hayan sido cosechados o separados del suelo" (C.C., art. 527).

V. PERSONAS QUE TIENEN DERECHO A LOS FRUTOS

En principio, como hemos visto, los frutos naturales y civiles de la cosa pertenecen al propietario en virtud del derecho de accesión; pero no siempre es así:

1° Si la cosa es poseída de buena fe por alguien distinto del propietario, no es éste sino aquél quien hace suyos los frutos: "El poseedor de buena fe hace suyos los frutos, y no está obligado a restituir sino los que percibiere después de que se le haya notificado legalmente la demanda" (C.C., art. 790).

2° Los frutos, o parte de ellos, corresponden en ciertos casos a titulares de derechos reales en cosa ajena. Así, por ejemplo, el enfiteuta y el usufructuario tienen derecho a los frutos naturales o civiles de la cosa. El usuario sólo puede tomar de ella los frutos que basten a sus necesidades y a las de su familia (C.C., art. 624), derecho que, por lo demás, sólo se refiere a los frutos naturales, ya que al estarle prohibido ceder su derecho y arrendar la cosa (C.C., art. 630), no puede obtener frutos civiles de ésta.

3° Los frutos o parte de ellos pueden corresponder a titulares de ciertos derechos de crédito. Así ocurre con el acreedor anticrético y con el arrendatario.

Es de observar que cuando se dice que un no propietario (por ej.: el enfiteuta o arrendatario), tiene derecho a los frutos de la cosa, ello no implica necesariamente que el propietario carezca de ese derecho porque la persona en cuestión puede deberle prestaciones (cánones en los casos citados), que constituyan frutos civiles de la cosa.

CAPÍTULO XVII

LA ACCESIÓN PROPIA

GENERALIDADES: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, CONDICIONES, FUNDAMENTO Y MECANISMO, CARACTER DE LA REGULACIÓN LEGAL, CASOS. ACCESIÓN NATURAL EN BIENES INMUEBLES. ACCESION ARTIFICIAL EN BIENES INMUEBLES: PRINCIPIOS GENERALES, IMPORTANCIA PRÁCTICA, CASOS PREVISTOS. ACCESIÓN RESPECTO DE BIENES MUEBLES: PRINCIPIOS GENERALES, CASOS PREVISTOS

GENERALIDADES

I. CONCEPTO

La *accesión propia, por unión o continua*, como se indicó en el Capítulo anterior, es el derecho en virtud del cual el propietario de una cosa hace suya toda otra cosa que se una o incorpore a aquélla en calidad de accesorio y de modo inseparable.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Como señalamos, los romanistas consideran que toda forma de accesión constituye un modo de adquirir la propiedad; otros autores estiman, en cambio, que la accesión es sólo una facultad integrante del derecho de propiedad que permite extender el objeto de dicho derecho, y, por último, de acuerdo con la teoría ecléctica que inspira al vigente Código Civil italiano, la accesión impropia es una simple facultad inhe-

rente a la propiedad que permite a su titular extender su derecho sobre la cosa a los frutos de ésta mientras que la accesión propia es un modo originario de adquirir la propiedad.

Sin examinar el fondo de la cuestión, recordemos que para nuestros legisladores la accesión es una facultad integrante del derecho de propiedad como lo demuestra tanto la ubicación de las normas respectivas como el hecho de que la accesión no aparezca mencionada entre los modos de adquirir la propiedad (C.C., art. 796).

III. CONDICIONES O SUPUESTOS

El análisis del concepto de accesión propia indica que la misma supone la concurrencia de las siguientes condiciones o supuestos:

1° *La existencia de, al menos, dos cosas.* Caso contrario, no podría ocurrir que el propietario de *una cosa* hiciera suya *toda otra cosa* que se una o incorpore a aquélla en calidad de accesorio y de modo inseparable.

2° *La unión o incorporación de esas cosas*, lo que a su vez presupone, en principio, que se trate de cosas *corporales*. En efecto, sería imposible la "unión o incorporación" de cosas incorporales, en el sentido que se da aquí a las palabras "unión o incorporación". Sin embargo, es de advertir que la Ley al regular la accesión mobiliaria incluye el caso del trabajo incorporado a la materia siendo así que el trabajo no es una cosa corporal.

3° *La accesoriedad de una o más cosas unidas o incorporadas respecto de otra, que se califica de principal.* La Ley indica los criterios para determinar cual es la cosa principal en diversos casos que pueden presentarse.

4° *La inseparabilidad de las cosas unidas o incorporadas*, lo que no debe entenderse en el sentido de que sea físicamente imposible separarlas, sino de que existan entre ellas lazos materiales que no puedan destruirse sin causar perjuicio al menos a una de las cosas unidas o incorporadas.

5° *La circunstancia de que para el momento de la unión o incorporación el propietario de la cosa principal no sea propietario de la cosa accesoria*, puesto que si ya era dueño de la cosa accesoria, la unión o incorporación no determinará que el propietario de la cosa principal adquiera nada que no le perteneciera de antemano. No es necesario, por cierto, que la cosa o las cosas accesorias pertenezcan a otra persona para el momento de la unión o incorporación; basta que no sean propiedad del dueño de la cosa principal. Así, por ejemplo, la cosa accesoria puede ser una cosa que no pertenezca a nadie.

IV. FUNDAMENTO Y MECANISMO

Cuando se reúnen las condiciones arriba señaladas, existe el interés de que las cosas se mantengan unidas o incorporadas porque en esa forma prestan una utilidad mayor que la que prestaran aisladamente y porque su separación significaría pérdida de riqueza toda vez que, por hipótesis, no podría lograrse sin perjuicio al menos para una de ellas.

La accesión propia, si bien no asegura plenamente que las cosas permanezcan unidas o incorporadas, *tiende a mantener* esa unión o incorporación puesto que atribuye a una misma persona la propiedad de las cosas unidas o incorporadas y es de esperar que en la mayoría de los casos ese dueño único opte por aprovechar la mayor utilidad que prestan las cosas unidas o incorporadas y por evitar la pérdida de riquezas que para él significaría separarlas. Por lo contrario, de no reunirse la propiedad en una sola persona se correría el riesgo de que las cosas accesorias no se aprovecharan porque apenas tuvieran utilidad o incluso carecieran de ella por completo si no se las explotara junto con la cosa principal o de que al pertenecer la cosa principal y las accesorias a distintas personas, éstas, a fin de hacer efectiva la plenitud de sus derechos exigieran la separación de las cosas a pesar de la consiguiente pérdida de riqueza.

Fundamentada en tales consideraciones, el mecanismo de la accesión propia consiste en atribuir al propietario de la cosa principal, la propiedad de las cosas accesorias. Esa atribución en muchos casos es

inmediata, o sea, que ocurre en el mismo momento de la unión o incorporación; pero otras veces, no lo es. Asimismo la atribución de propiedad puede resultar gratuita u onerosa para el dueño de la cosa principal. Pero, en todo caso, la *adquisición es definitiva:* no desaparece si después llega a cesar la unión o incorporación que la originó.

V. CARÁCTER DE LA REGULACIÓN LEGAL

En todo caso, es de advertir *que las normas sobre accesión no son de orden público ni interesan a las buenas costumbres*, de modo que pueden "renunciarse" o "relajarse" por convenios entre particulares a pesar de que la institución trate de evitar una pérdida de riqueza. En realidad, la accesión propia sólo evita que la pluralidad de propietarios conduzca a la pérdida de riqueza que resultaría de una separación física poco menos que indispensable para que cada quien ejerciera la plenitud de su derecho; pero al atribuirse la propiedad de todas las cosas unidas o incorporadas al dueño de la cosa principal no se prohibe que éste por propia voluntad realice dicha separación. Así pues, si la aplicación de las normas sobre accesión deja la decisión final a la voluntad del dueño de la cosa principal, nada obsta para que toda la cuestión pueda ser regulada por acuerdos o convenios entre particulares.

VI. CASOS

Nuestro Código Civil regula el derecho de accesión en dos secciones: la primera respecto de los bienes inmuebles, y la segunda, respecto de los muebles. Sin embargo, en materia inmobiliaria es necesario distinguir entre la accesión natural y la artificial, cada una de las cuales responde a sus propios principios sin que el hecho de referirse ambas a inmuebles se traduzca en normas comunes que puedan contraponerse a las reglas de la accesión mobiliaria. De allí que sea preferible agrupar los casos de accesión en tres grupos: 1°) accesión natural en bienes inmuebles; 2°) accesión artificial en bienes inmuebles; y 3°) accesión en bienes muebles.

ACCESIÓN NATURAL EN BIENES INMUEBLES

I. GENERALIDADES

1° *La accesión natural en bienes inmuebles* implica que una cosa *inmueble corporal* se una o incorpore en calidad de accesoria, de modo inseparable y *por la obra de la naturaleza,* a otra cosa (u otras cosas) que no pertenezcan al propietario de la cosa principal. Queda fuera de su ámbito todo caso en que la unión o incorporación sean fruto de la voluntad humana. Precisamente por ello la reglamentación de la materia no puede tomar en cuenta la buena o mala fe de las personas; el hecho mismo que produce la unión o incorporación no impone a nadie el deber de indemnizar los daños y perjuicios que pudieran haberse causado, y el propietario de la cosa principal no queda obligado a pagar nada a cambio de lo que adquiere.

2° En nuestro Derecho los únicos verdaderos casos de accesión natural en bienes inmuebles regulados por la ley son los *cuatro casos clásicos romanos de accesión en virtud de las aguas:* aluvión, avulsión, mutación de cauce y formación de isla.

Es cierto que nuestro legislador ha regulado a propósito de la accesión el caso de que los animales de un vivero pasen a otro perteneciente a distinto dueño, tanto si el hecho se debe al acto de éste como si es independiente de su voluntad (C.C., art. 570). Pero en ninguna de esas hipótesis existe un verdadero caso de accesión —artificial o natural— puesto que las cosas unidas o incorporadas son separables. En realidad, se trata de un caso análogo al de los enjambres de abejas y animales domésticos que pasan del fundo de su propietario a otro distinto, y que, si bien autores franceses califican de accesión, nuestro legislador ha regulado fuera del marco de esta institución (C.c., art. 799), aunque la diferencia de tratamiento legislativo se explique por el hecho de que los animales de vivero son inmuebles por su naturaleza, mientras que no lo son, en cambio, los enjambres de abejas ni los animales domésticos.

II. LOS CUATRO CASOS CLÁSICOS

1° Aluvión

A) El *caso típico* está previsto en los siguientes términos *Las agregaciones e incrementos de terreno que se forman sucesiva e imperceptiblemente en los fundos situados a orillas de los ríos o arroyos, se llaman aluvión y pertenecen a los propietarios de estos fundos* (C.C., art. 561).

a) Los *supuestos* de la norma son:

1) Uno o más fundos que colindan con un río o arroyo en el buen entendido de que ni se distingue entre ríos navegables y no navegables ni la expresión río o arroyo se toma en sentido estricto sino que comprende otras aguas corrientes (por ej.: canales) y aún aguas estancadas. En cambio, queda excluido el mar y es imprescindible que el fundo colinde con las aguas.

2) Agregaciones o incrementos del fundo que se formen sucesiva e imperceptiblemente en las orillas.

3) Que esas agregaciones o incrementos sean efecto natural de las aguas.

b) Dados esos supuestos la *consecuencia* es que las agregaciones o incrementos se hacen propios de los propietarios de los fundos correspondientes en forma instantánea. Si el río es navegable o flotable los propietarios no podrán impedir al uso público el paso necesario para la navegación y manejo de los objetos flotantes, disposición expresa del Código de 1922 que se omitió en el vigente "por ser materia entendida" (anotación del Dr. A. Pulido Villafañe al art. 561 del C.C. vigente).

Por otra parte, el terreno aluvional no forma un nuevo fundo sino que pasa a considerarse parte del terreno "primitivo". Así, por ejemplo, el terreno aluvional quedará sometido a todos los gravámenes que pesaban sobre el terreno "primitivo" y el arrendatario de éste tiene derecho a que se le haga gozar de aquél (Kummerow, ob. cit., p. 253).

B) También regula el Código dos casos *semejantes* al del aluvión:

a) *El terreno abandonado por el agua corriente que insensiblemente se retira de una de las riberas sobre la otra*, pertenece al propietario de la ribera descubierta sin que el dueño de la otra ribera pueda reclamar el terreno perdido (C.C.,Art. 562 encab.), ni deba distinguirse entre ríos navegables y flotables y otras aguas corrientes (Dominici, I, coment°. al art. 473). Es el carácter "insensible" del retiro de las aguas lo que asemeja este caso al aluvión y lo diferencia de la mutación del cauce.

Expresamente se dispone que el derecho indicado no procede respecto de los terrenos abandonados por el mar (C.c., art. 562, ap. único), los cuales pasan a pertenecer al dominio privado de la Nación (Dominici, I, coment. al art. 473).

b) A su vez, los dueños de las heredades confinantes con lagunas o estanques, adquieren el *terreno descubierto por la disminución natural de las aguas* (C.C:. art. 563).

2° *Avulsión.*

A) La avulsión supone una hipótesis difícilmente realizable:

a) Que un río por fuerza súbita, o sea, por una acción violenta y transitoria, arranque una parte de un fundo ribereño y la arroje hacia un fundo inferior o situado en la ribera opuesta, al cual se agrega por juxtaposición o por superposición, y

b) Que la parte desprendida sea una parte considerable y "conocida" (*rectius*: reconocible), importancia de la parte que no se aprecia en relación al fundo del cual procede ni al fundo al cual se une o incorpora, sino en relación a la magnitud de la porción desprendida en sí misma (C.C., art. 564, 1ª disposición).

B) Dados estos supuestos, el propietario de la parte desprendida puede reclamar la propiedad dentro del año siguiente y aún vencido dicho

término siempre que en este último caso el propietario del fundo al cual se haya adherido la parte desprendida no hubiere aún tomado posesión de ella (C.C. art. 564, 2ª disp.).

Si el propietario de la parte desprendida la reclama oportunamente, corren por su cuenta no sólo los gastos de llevársela sino también los daños y perjucios que con esa operación cause al propietario del fundo al cual se adhirió la parte desprendida (Dominici, I, coment, al art. 475).

Obsérvese que el propietario de la parte desprendida puede arrancar o pedir que se le entregue ésta y llevársela; pero *no puede pretender seguir poseyéndola en el lugar en que se encuentra* porque ello perjudicaría al otro propietario (Dominici, I, coment. al art. 475).

No es fácil determinar la naturaleza del plazo de un año que establece la ley, pero no cabe duda de que corre fatalmente sin que operen las causas que impiden o suspenden la prescripción.

Como se observa, *aquí la accesión no opera instantáneamente ni de pleno derecho*: durante el primer año, el propietario del fundo al cual se adhirió la parte desprendida no puede adquirir esa porción y, vencido que sea el año para adquirirla necesita haber tomado posesión de ella siendo suficiente, al efecto, una sola actuación posesoria.

3° Mutación de cauce

Si un río forma nuevo cauce, abandonando el antiguo, éste pertenecerá a los propietarios de los fundos confinantes en ambas riberas y se lo dividirán hasta el medio del cauce, según el frente del terreno de cada uno (C.C., art. 569), siempre en el entendido de que se trate de un cambio en el curso de las aguas producido sin intervención del hombre.

Según algunos autores, si el río era navegable, el cauce abandonado pertenece al dominio público y no a los propietarios de los fundos confinantes (Kunmerow, ob. cit., p. 255), opinión que no compartimos.

4° Formación de isla

En esta materia la Ley regula varias hipótesis en la mayoría de las cuales por cierto, no opera el mecanismo de la accesión.

A) Las islas, islotes y otras formaciones de la capa terrestre que aparezcan en los ríos o lagos interiores navegables, o en los mares adyacentes a las costas de Venezuela, pertenecen a la Nación (C.C., art. 565), siempre que las islas y demás agregaciones de terreno no provengan de un terreno de la ribera transportado al río por fuerza súbita, caso en el cual el propietario del fundo del cual se haya desprendido el terreno conservará la propiedad del mismo (C.C., art. 567).

Ahora bien, en ninguno de los supuestos previstos se da un caso de accesión porque en el caso de excepción no hay cambio de propietario y porque difícilmente puede sostenerse que la Nación adquiere las islas y demás agregaciones de terreno de que tratamos en virtud de ser "propietaria" del mar territorial y de los ríos o lagos interiores navegables.

B) Cuando en un río no navegable se forme una isla u otra agregación de terreno, corresponderá a los dueños de cada ribera la parte que quede entre ella y una línea divisoria tirada por medio del cauce, dividiendo entre los dueños de cada ribera la parte correspondiente en proporción a la extensión del frente que tiene cada fundo sobre el río (C.C., art. 566). Pero también aquí se exceptúa el caso de que la isla o agregación del terreno provenga de un terreno de la ribera transportado por fuerza súbita, caso en el cual el propietario del fundo del cual se haya desprendido el terreno, conservará la propiedad del mismo (C.C., art. 567).

C) Si un río, variando su curso, rodea, haciendo una isla, el todo o parte de un fundo ribereño, el dueño conservará el fundo rodeado (C.C., art. 586), caso en el cual tampoco opera la accesión toda vez que no hay cambio de propietario.

ACCESIÓN ARTIFICIAL EN BIENES INMUEBLES

I. PRINCIPIOS GENERALES

1° En este caso de accesión, *en principio, el propietario del suelo* es quien hace suyo todo lo que se una o incorpore a éste de manera inseparable ya que, también en principio, se considera que el suelo por su estabilidad y fijeza es la cosa principal ("superficie *solo cedit*").

2° Cuando la cosa unida o incorporada al suelo pertenece a quien no es propietario de éste, la regla general es que el propietario del suelo se hace propietario del todo, pero *debe indemnizar al propietario de la cosa accesoria* de acuerdo con el principio de que nadie debe enriquecerse sin causa a costa de otro[1].

3° Como en este caso la unión o incorporación es, por definición, el resultado de una actividad humana, se comprende que sus consecuencias jurídicas varíen de acuerdo con la buena o mala fe de las personas correspondientes.

II. IMPORTANCIA PRÁCTICA

La accesión artificial en inmuebles presupone que la cosa unida o incorporada al suelo no pertenezca al propietario de éste; pero a su vez, toda construcción, siembra, plantación u otras obras sobre o debajo del suelo, se presume hecha por el propietario a sus expensas, y que le pertenece, mientras no conste lo contrario, sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros (C.C., art. 555). Por ello, en la práctica, es frecuente que en verdaderos casos de accesión artificial en inmuebles, no pueda lograrse la aplicación de las normas sobre la materia por la imposibilidad de desvirtuar la citada presunción legal. Es por ello que la institución tiene menos importancia práctica de lo que a primera vista pudiera parecer.

---

1. En Derecho Civil "enriquecerse sin causa" significa enriquecerse sin que exista una razón legítima para ello.

III. CASOS PREVISTOS

El Código Civil regula tres casos generales de accesión artificial en bienes inmuebles: la incorporación en suelo propio con materiales ajenos, la incorporación en suelo ajeno con materiales propios y la incorporación en suelo ajeno con materiales ajenos.

1° Incorporación en suelo propio con materiales ajenos

A) Como *regla general*, "El propietario del suelo que ha hecho construcciones, plantaciones u otras obras con materiales ajenos, debe pagar su valor" (C.C., art. 556, 1° disp.), calculado para la fecha en que empleó dicho material (Sanojo II, Número 34).

B) Si *el propietario del suelo actuó de mala fe o incurrió en culpa grave* deberá indemnizar también los daños y perjuicios (C.C., art. 556, 2° disp.).

C) El dueño de los materiales no tiene derecho a llevárselos a menos que pueda hacerlo sin destruir la obra construida, o sin que perezcan las plantaciones (C.C., art. 556, 2° disp.), caso en el cual, si opta por ejercer ese derecho, no habrá accesión puesto que el suelo seguirá perteneciendo a uno y los materiales a otro. El resultado no debe extrañar a nadie porque el derecho de llevarse los materiales presupone que éstos no se han unido o incorporado al suelo de modo inseparable, como es característico en la accesión.

2° Incorporación en suelo ajeno con materiales propios

A) La *regla general* es que

> *El propietario del fundo donde se edificare, sembrare o plantare por otra persona, hace suya la obra; pero deberá pagar a su elección, o el valor de los materiales, el precio de la obra de mano y demás gastos inherentes a la obra, o el aumento del valor adquirido por el fundo* (C.C., art. 557, 1° disp. del encabezamiento).

En la práctica, el propietario del fundo optará por tanto por pagar la suma menor entre el monto de las impensas y el mayor valor dado a la

cosa. En ninguna de las dos hipótesis puede el ejecutor tener fundamento para reclamar más. En efecto, si se le pagan las impensas en nada se ha empobrecido y si se le paga el mayor valor adquirido por la cosa lo cierto es que no puede pretender exigir al propietario del suelo una suma mayor a la equivalente al beneficio que le ha reportado la obra. Dicho sea de paso, esta norma aplica el mismo principio del enriquecimiento sin causa:

> *Aquél que se enriquece sin causa en perjuicio de otra persona, está obligado a indemnizarla, dentro del límite de su propio enriquecimiento (que en el caso examinado es el mayor valor adquirido por el fundo), de todo lo que aquella se ha empobrecido (que en el caso examinado son las impensas, o sea, el valor de los materiales, el precio de la obra de mano y demás gastos inherentes a la obra)* (C.C., art. 1184).

B) Sin embargo, *en caso de mediar actuación de mala fe*, se modifica la regla general. En efecto, si *el ejecutor de la obra actuó de mala fe, el propietario del suelo que no hubiere procedido también de mala fe* puede optar por pedir la destrucción de la obra y hacer que el ejecutor de ella deje el fundo en sus condiciones primitivas y le repare los daños y perjuicios (C.C., art. 557, 2° disp. del encabezamiento), lo que obviamente excluye toda accesión. Pero, si *tanto el propietario del suelo como el ejecutor de la obra procedieran de mala fe*, el primero adquirirá la propiedad de la obra, aunque debe desembolsar siempre el valor de ésta (C.C., art. 557, ap. único).

C) También se regula de manera especial la hipótesis de que *el valor de la construcción exceda evidentemente el valor del fundo*, caso en el cual el propietario del suelo puede pedir que la propiedad del todo se atribuya al ejecutor de la obra contra una justa indemnización por su fundo y por los daños y perjuicios que se le hubieran ocasionado (C.C., art. 558). En el fondo esta norma deja a la voluntad del propietario calificar de cosa principal a la obra y no al suelo.

D) Por último, si *en la construcción de un edificio se ocupare una parte del fundo contiguo*, la aplicación de la regla general conduciría al resultado inaceptable de que el propietario de ese fundo contiguo se

haría propietario de la parte de la construcción levantada en sus terrenos mientras que el ejecutor de la obra seguiría siendo propietario del resto de la construcción, o sea, de la parte situada en su propio fundo.

Para evitarlo no era necesario regular el caso de que el ejecutor de la obra que ocupa parte del fundo vecino actuara de mala fe porque entonces el dueño de este último fundo, (siempre que no haya procedido también de mala fe) puede optar por pedir la demolición de la parte de la construcción levantada en su terreno y hacer que el ejecutor de la obra deje el fundo en sus condiciones primitivas y le repare los daños y perjuicios (C.C., art. 557, encab.).

En cambio, era evidente la necesidad de regular el caso *de que el ejecutor de la obra actuara de buena fe* y por ello el legislador dictó dos normas cuya severidad se explica por el interés de evitar que en la construcción de edificios se ocupe parte de algún fundo vecino:

a) Si en la construcción de un edificio se ocupare de buena fe una parte del fundo contiguo, y la *construcción se hubiese hecho con conocimiento y sin oposición del vecino*, el edificio y el área podrán declararse propiedad del constructor, quien, en todo caso, quedará obligado a pagar al propietario del suelo el valor de la superficie ocupada, y, además los daños y perjuicios (C.C., art. 55, encab.). Cuando la Ley se refiere a que la construcción se haya hecho con conocimiento del vecino sólo supone que éste supiera que se estaba edificando no siendo necesario que conociera que el terreno le correspondía (Sanojo, II, Número 38). La eventual oposición a que se hace referencia puede ser judicial o extrajudicial. Adherimos a la opinión de que el plazo para hacer la oposición es el mismo que da la Ley para intentar el interdicto de obra nueva (Sanojo, II, Número 38).

b) En el mismo caso, *de no haber habido conocimiento por parte del vecino*, el constructor, fuera del pago de los daños y perjuicios, está en la obligación de pagar a aquél el duplo del valor de la superficie ocupada (C.C., art. 559, ap. único), lo que en realidad constituye una suerte de pena privada.

Al aplicar las anteriores disposiciones (letras a) y b)), debe tenerse presente que sólo se refieren a *edificios* y no a otras obras de menor costo; que el edificio en cuestión sólo debe ocupar *parte* del fundo vecino porque caso contrario recobran su imperio las reglas generales; y que la "parte ocupada" puede ser de tal importancia en relación al terreno vecino que el Juez deba considerar que se ha ocupado todo éste (por ejemplo para poner un caso extremo, la ocupación del 99% del área debe considerarse como una ocupación total) (Sanojo, II, Número 38).

3° Incorporación en suelo ajeno con materiales ajenos

Si las plantaciones, siembras o construcciones se han ejecutado por un tercero con materiales de otro, el dueño de estos materiales no tiene derecho a reivindicarlos; pero puede exigir indemnización del tercero que hizo uso de ellos, y también del propietario del suelo, más sólo sobre la cantidad que éste último quede debiendo al ejecutor de la obra (C.C., art. 560).

En consecuencia, la relación. entre el ejecutor de la obra y el dueño del suelo en este caso es la misma que en el caso de que el ejecutor de la obra hubiere realizado la incorporación con materiales suyos.

A su vez, el dueño de los materiales no puede reivindicarlos sino que sólo puede exigir un indemnización al ejecutor de la obra o al dueño del suelo. El ejecutor de la obra estará obligado a pagar él los materiales y si actuó de mala fe, además, a indemnizar los daños y perjuicios causados al dueño de los materiales. En cambio, el propietario del suelo nunca tendrá que pagar al dueño de los materiales más de lo que le quedaba debiendo al ejecutor de la obra.

ACCESIÓN RESPECTO DE BIENES MUEBLES

I. PRINCIPIOS GENERALES

1° En materia de bienes muebles, el legislador no distingue como en la accesión inmobiliaria entre el caso de que la unión o incorporación

se realice *por la obra del hombre o por la sola acción de la naturaleza* quizá porque es difícil que se realice esta última hipótesis.

2° Más significativo todavía es que en la accesión mobiliaria la ley prescinde por completo de tomar en cuenta *la buena o mala fe* de las personas, aun cuando en la medida en que el Código manda a aplicar en la materia los principios de la equidad, el Juez por este concepto puede dar relevancia a esa buena o mala fe.

3° El Código *no es claro al determinar las normas* que regulan la accesión mobiliaria. El primero de los artículos sobre la materia enuncia dos normas:

A) El derecho de accesión cuando tiene por objeto cosas muebles pertenecientes a diferentes dueños, se regula por los principios de la equidad (C.C., art. 571, 1ª disp.); y B) "Las disposiciones siguientes" (o sea, el articulado sobre la materia) servirán de regla al Juez para decidir en los casos no previstos según las circunstancias particulares (C.C., art. 571, 2° disp.).

La redacción del artículo no es nada feliz. No pretende la Ley que los principios de la equidad prevalezcan sobre las normas que ha establecido en materia de accesión mobiliaria para los casos previstos por ella, sino que *a falta de norma legal expresa* se acuda a esos principios de la equidad y a la aplicación analógica de las normas dictadas para los casos legalmente previstos en la medida en que realmente exista analogía. Por ello señala con razón Dominici que las normas legales sobre accesión mobiliaria son de obligatoria aplicación por parte de los Jueces para resolver los casos previstos por dichas normas y que es *sólo en los casos no previstos cuando pueden* (*rectius* deben), *tomar por regla los principios de la equidad natural* asimilándolos en lo posible a los mencionados en la ley (Dominici, I, comentarios al art. 482). Por lo demás, los casos legalmente previstos son muchos y los que más frecuentemente ocurren de manera que rara vez habrá necesidad de salirse de las reglas escritas (Dominici, I, comentarios al art. 482).

4° La importancia práctica de las reglas legales sobre accesión mobiliaria es muy escasa porque en la mayoría de los casos hay convenio

entre los interesados y, en defecto de convenio muchas veces la aplicación del artículo 794 del C.C., hace inaplicable aquellas reglas legales sobre accesión.

5° La dificultad máxima para regular la materia está en determinar cual es *la cosa principal.* Aunque pudiera parecer que las reglas al respecto sólo se aplican a uno de los casos de accesión mobiliaria (la adjunción), pueden considerarse como reglas generales las siguientes:

A) Se considera como la parte más notable o principal, aquélla a la cual se ha unido otra para su uso, adorno, perfección o complemento (C.C., art. 572, ap. 2°); y

B) Si de dos cosas unidas para formar un todo, la una no pudiere considerarse como accesoria de la otra, se reputará principal la más notable por su valor o por su volumen, si los valores son aproximadamente iguales (C.C., art. 573).

Sin embargo, parecería que el propio legislador considerara que en ciertos casos ni la finalidad de las cosas ni su valor ni su volumen ni la aplicación de la equidad son suficientes para establecer cuál es la cosa principal y cuál la accesoria. Aún más, parecería que en tales hipótesis el legislador considera que no existe cosa principal y cosa accesoria y que al faltar entonces uno de los supuestos de la accesión no atribuye la propiedad del todo al dueño de una de las cosas unidas o incorporadas, sino que establece una comunidad sobre el todo entre los propietarios de las diversas cosas unidas o incorporadas.

II. CASOS PREVISTOS

La Ley ha regulado expresamente *los tres casos principales* que indicaban los romanos: *la adjunción, la especificación* y *la mezcla o conmixión.* Sin embargo, es dudoso que la especificación y la conmixión sean verdaderos casos de accesión ya que la primera no supone unión o incorporación de diversas cosas y en la segunda no puede distinguirse lo accesorio de lo principal.

Por lo demás, de hecho, no siempre es fácil determinar cuando se ha producido una de las situaciones previstas y no otra.

1° La adjunción

A) Es la unión de dos o más cosas muebles que permanecen siendo distintas y reconocibles aunque formen una sola cosa.

B) La Ley formula la regla general alternativamente: si las cosas pueden separarse sin notable deterioro, "cada propietario conservará la propiedad de su cosa y podrá pedir su separación" (C.C., art. 572, encab.); caso contrario, "el todo corresponderá al propietario de la cosa que forme la parte más notable o principal, con la obligación de pagar a los demás propietarios el valor de las cosas unidas" (C.C., art. 572, ap. 1°). En realidad, en la primera hipótesis no se da un supuesto de accesión porque no se trata de cosas unidas de modo inseparable y por tanto no hay razón para que cada propietario no conserve lo que es suyo.

C) Como correctivo al resultado de atribuir la propiedad del todo al dueño de la cosa principal cuando ésta se determina de acuerdo con el criterio fundamental (C.C., art. 572, ap. 2°), se prevé que "Si la cosa incorporada fuere mucho más preciosa que la cosa principal, y se hubiere empleado sin el consentimiento de su propietario, éste podrá, a su elección, apropiarse del todo, pagando al propietario de la cosa principal su valor, o pedir la separación de la cosa incorporada, aunque con ello pueda resultar el deterioro de la otra" (C.C., art. 572, ap. último). Esta última solución inexplicablemente se aparta por completo de los principios generales en la materia. Por lo demás, no se ve la razón de haber resuelto el caso en forma diferente al correspondiente en la accesión inmobiliaria artificial.

2° La especificación

A) Consiste en unir trabajo con materia o en dar una forma nueva a una materia ajena. Los romanos incluían dentro de este caso la textura y la soldadura.

B) En la *especificación no existe propiamente un supuesto de accesión* toda vez que no hay unión o incorporación de, al menos, dos cosas corporales.

C) Los proculeyanos consideraban que la cosa principal era la nueva forma y por tanto atribuían la propiedad del todo al artífice mientras que los sabinianos sostenían la doctrina contraria. Justiniano adoptó la solución de atribuir la propiedad al dueño de la materia cuando las cosas podían volver a su antiguo estado y al artífice si esto no era posible.

D) Entre nosotros se adopta como regla general la solución sabiniana: *Si una persona hubiera hecho uso de materias que no le pertenecían para formar una cosa de nueva especie, puedan o no estas materias volver a tomar su primera forma, el dueño de ellas tendrá derecho a la propiedad de la cosa nuevamente formada indemnizando a la otra persona del valor de la obra de mano* (C.C., art. 576).

Pero existe la mitigación de que *si la obra de mano fuere de tal manera importante que exceda en mucho el valor de la materia empleada, la industria se considerará entonces como la parte principal y el artífice tendrá derecho a retener la cosa nuevamente formada, reembolsando el valor de la materia a sus propietarios* (C.C., art. 578).

E) Se prevé de manera especial que cuando *alguien ha empleado materia, en parte propia y en parte ajena, para formar una cosa de nueva especie, sin que ninguna de las materias se haya transformado enteramente, pero de manera que la una no pueda separarse de la otra sin grave inconveniente, la cosa se hará común a los dos propietarios, en proporción, respecto al uno, del valor de la materia que le pertenecía, y respecto al otro, de la materia que le pertenecía y del valor de la obra de mano* (C.C., art. 577).

Esta solución de establecer una comunidad sobre las cosas unidas es contraria al espíritu general de la accesión que atribuye la propiedad del todo a una sola persona. Por ello se prevé que "cuando la cosa se haga común entre los propietarios de las materias de que se haya formado, cada uno de ellos podrá pedir su venta por cuenta de los interesados" (C.C., art. 579), lo cual es una forma de llegar a la unidad de propietarios.

También en esta hipótesis debe aplicarse la regla excepcional que concede al artífice el derecho de retener la cosa reembolsando el valor de la materia ajena, tanto cuando la obra de mano exceda en mucho el valor de esa materia ajena como cuando la suma de la obra de mano más el valor de material del artífice exceda en mucho el valor de la materia del otro dueño.

3° La mezcla o conmixión

Consiste en la unión de dos o más muebles que se confunden o compenetran de modo que no pueden separarse ni distinguirse como por ejemplo los metales que forman una aleación o las diversas bebidas que componen un "cocktail".

A) La ley enuncia dos reglas generales expresas:

a) "Cuando se hubiere formado una cosa con la mezcla de varias materias pertenecientes a diversos dueños, si las materias pueden separarse sin daño o deterioro, el que no haya consentido en su mezcla tendrá derecho a pedir su separación" (C.C., art. 574, encab.). En tal hipótesis, desde luego, no se da un caso de accesión puesto que falta el requisito de la inseparabilidad.

b) "Si las materias no pueden separarse o si la separación no puede efectuarse sin daño o deterioro, el objeto formado se hará común en proporción al valor de las materias pertenecientes a cada uno" (C.C., art. 574, ap. único). Esta regla sólo se explica si se parte de la idea de que no se trata de un caso de accesión puesto que la solución no consiste en atribuir a una persona la propiedad del todo sino en establecer una comunidad. En realidad, parece que el legislador pensó que en el caso de mezcla lo ordinario es que no pudiera establecerse cual es la cosa principal y que por ello, en principio, era imposible que funcionara el mecanismo de la accesión que como sabemos, consiste en atribuir la propiedad del todo al dueño de la cosa principal.

B) A título de excepción, la Ley establece que *si la cosa pertenece a uno de los propietarios pudiere considerarse como principal, y fuese*

muy superior a la otra en valor, y no pudieren separarse las dos materias, o si su separación ocasionare deterioro, el propietario de la materia superior en valor tendrá derecho a la propiedad de la cosa producida por la mezcla, pagando al otro el valor de su materia (C.C., art. 575).

Se trata aquí de un caso típico de accesión, pero con una curiosa modalidad: la atribución de la propiedad no se hace al propietario de la cosa principal sino cuando ésta, además, sea muy superior en valor a la otra.

III. REGLAS COMUNES

Por último, el Código formula dos reglas generales:

1° Siempre que el propietario de la materia empleada sin su consentimiento pueda reclamar la propiedad de la cosa, tendrá la elección de pedir la restitución de otro tanto de materia de la misma calidad o su valor (art. 580);

2° Quienes hayan empleado materias ajenas sin el asentimiento de sus propietarios, sea respecto de bienes muebles o inmuebles, podrán ser condenados a pagar daños y perjuicios, quedando a salvo las acciones penales conducentes (art. 581).

CAPÍTULO XVIII

LIMITACIONES LEGALES DE LA PROPIEDAD

LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD. LIMITACIONES LEGALES DE LA PROPIEDAD: GENERALIDADES. LIMITACIONES LEGALES QUE TIENEN POR OBJETO LA UTILIDAD PÚBLICA. LIMITACIONES LEGALES QUE TIENEN POR OBJETO LA UTILIDAD PRIVADA

LIMITACIONES DE LA PROPIEDAD

I. Aunque el derecho de propiedad es, en principio, pleno, tiene como se señalara en el Capítulo anterior, numerosas limitaciones.

El Título III del Libro II del Código Civil se denomina precisamente "De las limitaciones de la propiedad" y está dividido en dos Capítulos. El primero de estos trata "Del usufructo, del uso, de la habitación y del hogar"; y el segundo "De las limitaciones legales a la propiedad predial y, de las servidumbres prediales".

II. En realidad, esa sistemática amerita algunas observaciones:

1° Las limitaciones a que se refiere el Capítulo I del arriba citado Título *no son limitaciones a la propiedad en general* sino limitaciones de los derechos de aquellos propietarios sobre cuyas cosas —por excepción— otra persona distinta de ellos tiene un derecho real en cosa ajena.

2° Dentro de las limitaciones a que se refiere el Capítulo II de referencias es necesario separar con toda nitidez las limitaciones legales de la propiedad predial de las servidumbres prediales. En efecto y a reserva de insistir oportunamente en las numerosas diferencias que entre ellas

existen *las limitaciones legales dichas configuran los límites del contenido normal del derecho de propiedad y no implican que otra persona tenga un derecho real sobre la cosa.* En cambio, *la servidumbre pasiva limita el derecho del propietario correspondiente en virtud de la situación especial de que otra persona tiene sobre su fundo un derecho real en cosa ajena* (la servidumbre activa). En consecuencia, las servidumbres se asemejan más a los derechos de usufructo, uso, habitación y hogar que a las limitaciones legales de la propiedad predial.

3° Por otra parte, el hecho de encuadrar el usufructo, el uso, la habitación, el hogar y las servidumbres dentro de las limitaciones de la propiedad, *induce a olvidar o a menospreciar el aspecto activo de los mencionados derechos* que no se agotan en limitar las facultades del propietario puesto que, por otra parte, atribuyen facultades a otras personas.

LIMITACIONES LEGALES DE LA PROPIEDAD: GENERALIDADES

I. Las limitaciones legales de la propiedad definen el contenido usual del dominio en su aspecto negativo. El Código Civil se refiere a ellas sólo en relación con la propiedad predial porque, en la práctica, la naturaleza de las cosas hace mucho más difícil establecerlas sobre la propiedad mobiliaria.

II. En todo caso, las limitaciones de que tratamos se subdividen según que tengan por objeto la utilidad pública o la utilidad privada (C.C., art. 644).

LIMITACIONES LEGALES QUE TIENEN POR OBJETO LA UTILIDAD PÚBLICA

I. CARACTERES

1° Las limitaciones de que tratamos *se definen por el interés que tutelan predominantemente*: la utilidad pública.

2° Son limitaciones unilaterales en el sentido de que el propietario afectado por ellas no tiene contrapartida *de la misma naturaleza* (aunque

puede tenerla de naturaleza diferente). Así, por ejemplo, el propietario sujeto a expropiación por causa de utilidad pública o social no tiene por ello derecho de expropiar a su vez (aunque tiene derecho a ser indemnizado).

II. RÉGIMEN JURÍDICO

Las limitaciones legales establecidas en interés público no se encuentran reguladas en el Código Civil ni en una ley determinada sino que se encuentran dispersas en el ordenamiento jurídico en general. Por ello establece el Código Civil que: "Todo lo concerniente a estas limitaciones se determina por leyes y reglamentos especiales" (C.C., art. 645, últ. ap.). Dicho sea de paso, no hay que olvidar que hasta la Constitución establece limitaciones a la propiedad.

III. ENUMERACIÓN

El Código Civil trae una enumeración evidentemente enunciativa de las limitaciones legales establecidas en interés público atendiendo a la finalidad de ellas y no a la restricción que implican. Así menciona las limitaciones que se refieren: "a la conservación de los bosques, al curso de las aguas, al paso por las orillas de los ríos y canales navegables, a la navegación aérea, a la construcción y reparación de los caminos y otras obras públicas" (C.C., art. 645, encab.).

En realidad, el estudio sistemático de las limitaciones que nos ocupan corresponde al Derecho Administrativo.

LIMITACIONES LEGALES QUE TIENEN POR OBJETO LA UTILIDAD PRIVADA

I. FINALIDAD

Las limitaciones legales de la propiedad establecidas en interés privado operan sobre las llamadas "relaciones de vecindad" y tienden a

asegurar la armónica coexistencia y la posibilidad de ejercicio simultáneo de varios derechos de propiedad sobre fundos colindantes o al menos próximos, o a asegurar indirectamente, necesidades elementales de la vida como la luz, aire, agua y beneficios de la agricultura o la industria, o bien a tutelar la salud.

II. RÉGIMEN JURÍDICO

Las limitaciones legales de la propiedad predial se rigen por las disposiciones de la respectiva Sección del Código Civil (Sección Primera del Capítulo II del Libro II) "y por las leyes y ordenanzas de policía" en el buen entendido de que la expresión "leyes" ha de entenderse en el sentido de leyes materiales.

III. CARACTERES

Las limitaciones de que tratamos presentan entre otros los siguientes caracteres comunes.

1° A diferencia de las servidumbres, estas limitaciones legales son *recíprocas o bilaterales* en el sentido de que, al menos de ordinario, si un fundo sufre una determinada limitación de la que se beneficia el fundo vecino, éste, a su vez, sufre una limitación de igual contenido.

2° En virtud de su referida reciprocidad y por cuanto la limitación está establecida como característica normal del derecho de propiedad de todo fundo que se encuentre en el correspondiente supuesto de hecho, el propietario afectado por ella *no recibe a cambio ninguna indemnización*, sino que cada propietario compensa el sacrificio parcial de su derecho con la ventaja que le produce el correspondiente sacrificio del propietario vecino.

3° Aunque los derechos de vecindad son recíprocos, *cada uno es independiente del otro*, de manera que puede hacerlos valer en su favor incluso el propietario que por su parte viole el derecho del vecino. No

es pues aplicable en la materia la excepción "de contrato no cumplido" ni ninguna otra institución semejante.

4° Las limitaciones de que tratamos, a diferencia de las servidumbres, *son inmanentes a la propiedad predial tanto* en su aspecto activo como pasivo. Por ello:

A) No nacen separadamente del derecho de propiedad sobre el predio afectado ni tienen un título de adquisición distinto a éste.

B) No constituyen derechos ni deberes autónomos sino que desde el punto de vista activo forman parte de las facultades que comprende la propiedad y, desde el punto de vista pasivo, son uno de los deberes inherentes al dominio.

C) Las facultades correspondientes a las limitaciones que nos ocupan no se extinguen por el no uso precisamente porque no constituyen un derecho distinto de la propiedad y ésta no se extingue por el no uso. Sin embargo, es posible que el propietario vecino adquiera por concesión o por usucapión un derecho de servidumbre de contenido contrario a su deber de vecindad. Y,

D) La acción para hacer valer una limitación legal es una acción real porque no es sino un aspecto de la facultad de hacer valer judicialmente el derecho de propiedad. Así puede hacerse valer en forma de acción petitoria. Por la misma razón, mediando posesión, puede hacerse valer por vía posesoria.

5° Las limitaciones de *referencias nacen automáticamente* tan pronto se verifiquen los respectivos presupuestos legales sin que para adquirir la facultad correspondiente el propietario en cuestión deba desarrollar ninguna actividad ni tomar ninguna iniciativa, ni mucho menos pedir la intervención de la autoridad judicial.

6° Las limitaciones en estudio *establecen relaciones entre particulares y no frente al Estado*, aunque puede existir una fiscalización estatal para mejor tutela de esos intereses privados.

7° Es posible que una limitación legal establecida en interés privado *coincida* en su contenido con una limitación establecida en interés público; pero en tal caso ambas conservan su independencia de modo que puede desaparecer una de ellas y subsistir la otra.

IV. ENUMERACIÓN

El Código Civil clasifica en seis grupos las limitaciones legales de la propiedad:

1° *Limitaciones que se derivan de la situación de los lugares* (C.C., arts. 647 a 658), la inmensa mayoría de las cuales se refieren al régimen de las aguas.

2° *Limitaciones por concepto de derecho de paso, de acueducto y de conductores eléctricos* (C.C., arts. 659 a 683), donde por error de sistemática se mezclan las limitaciones con verdaderas y propias servidumbres.

3° *Limitaciones derivadas de la medianería* (C.C., arts. 684 a 699), que se estudiarán más adelante a propósito de la indivisión forzosa.

4° *Limitaciones relativas a las distancias y obras intermedias que se requieren para ciertas construcciones, excavaciones, plantaciones y establecimientos* (C.C., arts. 700 a 703).

5° *Limitaciones en materia de luces y vistas de la propiedad del vecino* (C.C., arts. 704 a 707), que tienden a proteger la intimidad de la vida privada.

6° *Limitaciones por razón del desagüe de los techos* (C.C., art. 708).

CAPÍTULO XIX

ACCIONES QUE TUTELAN EL DERECHO DE PROPIEDAD

INTRODUCCIÓN. ACCIONES DEL PROPIETARIO. ACCIÓN REIVINDICATORIA. ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE CERTEZA DE LA PROPIEDAD. ACCIÓN DE DESLINDE. ACCIÓN NEGATORIA.

INTRODUCCIÓN

Ordinariamente la violación del derecho de propiedad consiste en *obstaculizar su ejercicio*, sea *porque se niegue* que la propiedad o alguno de sus atributos pertenezcan a su verdadero titular, sea *porque de hecho se impida a éste el disfrute de su derecho* quitándole la posesión de la cosa correspondiente.

En cambio, es difícil concebir una violación del derecho de propiedad que revista la forma de impedir el ejercicio de la facultad de disponer jurídicamente del bien por el hecho de privar al propietario de su posesión, dado que la transferencia del derecho de propiedad puede realizarse aun cuando el propietario enajenante carezca de la correlativa posesión.

En todo caso, el ordenamiento jurídico concede al propietario la facultad de intentar diversas clases de acciones para protegerse de tales posibles violaciones de su derecho.

ACCIONES DEL PROPIETARIO

Con cierta inexactitud cabe decir que el propietario tiene a su disposición acciones petitorias, acciones posesorias, acciones personales de restitución, acciones de resarcimiento o indemnización y diversas acciones penales.

I. ACCIONES PETITORIAS

"Función y carácter común de éstas es la *afirmación de la titularidad del derecho*, sobre la cosa; titularidad que otro niega directa o indirectamente" (Messineo, ob. cit., Tomo III, ss 85,1, p. 364). Así pues, las acciones petitorias se caracterizan por el hecho de que el actor, hace valer la titularidad de su derecho real en orden a conseguir el fin que desea.

Las *principales* acciones petitorias que protegen la propiedad son:

1° La acción *reivindicatoria* en la cual el actor alega que el demandado posee o detenta una cosa que le pertenece y pide que se la restituya.

2° La acción de *declaración de certeza de la propiedad* en la cual el actor alega ser propietario de una cosa y pide que judicialmente se afirme que la misma le pertenece.

3° La acción de *deslinde* que sólo persigue determinar los límites (confines o linderos) entre fundos vecinos.

4° La acción *negatoria* dirigida a impugnar la pretensión de que sobre el fundo que se alega ser propio, un tercero tenga un derecho real limitado, como podría ser, por ejemplo, un usufructo o una servidumbre.

II. ACCIONES POSESORIAS

El propietario que *además sea poseedor* puede valerse de las acciones posesorias, de acuerdo con las reglas que rigen a las mismas, para lograr el efecto práctico de proteger su derecho de propiedad sin necesidad de invocarlo ni probarlo. Sin embargo, debe recordarse que aun cuando normalmente estas acciones tutelan la propiedad porque normalmente el propietario es también poseedor, *lo cierto es que las acciones posesorias no tutelan directamente la propiedad sino la posesión* de modo que excepcionalmente pueden producir efectos incluso contra el propietario no poseedor.

III. ACCIONES PERSONALES DE RESTITUCIÓN

El propietario que además de serlo tiene frente a otra persona un derecho de crédito en orden a la devolución de la cosa que le pertenece, puede valerse de la correspondiente acción personal para obtener la restitución sin necesidad de invocar ni probar su condición de propietario. Tal sería el caso de un propietario que diera la cosa en comodato, ya que en virtud de este contrato nace para el comodatario la obligación de restituir y para el comodante el correlativo derecho de crédito de exigirle la restitución. Sin embargo, es de advertir que *estas acciones no tutelan directamente la propiedad sino al acreedor correspondiente quien puede ser un no-propietario.*

IV. ACCIONES DE RESARCIMIENTO O INDEMNIZACIÓN

En varios casos en que no es posible obtener la recuperación de la cosa, el propietario puede exigir el *valor* (total o parcial) de la misma ejerciendo acciones de resarcimiento o indemnización de diferente naturaleza.

V. ACCIONES PENALES

Por último, en determinados casos el propietario podrá encontrar tutela de su derecho ejerciendo acciones penales derivadas de delitos tales como el robo, el hurto o la apropiación indebida.

ACCIÓN REIVINDICATORIA

I. CONCEPTO

Como queda dicho, la acción reivindicatoria es aquélla en la cual el actor alega que es propietario de una cosa que el demandado posee o detenta sin derecho para ello y, consecuencialmente, pide que se le condene a la devolución de dicha cosa.

La acción en ciertos casos permite obtener también la restitución o el valor de frutos y gastos; pero ello no es de la esencia de la reivindicación. El fundamento de la acción es el derecho de propiedad y en particular el derecho de persecución característico del mismo. Su fuente legal es el artículo 548 del Código Civil.

II. CARACTERES

1° La acción reivindicatoria es una acción *real*.

2° La acción reivindicatoria es una acción *petitoria*, de modo que el actor tiene la carga de alegar y probar su carácter de titular del derecho real invocado (en concreto, de la propiedad).

3° En principio, es una acción *imprescriptible*, lo que se debe al carácter perpetuo del derecho de propiedad. En nada contradice lo expuesto el hecho de que la acción reivindicatoria no proceda contra el tercero que haya usucapido la cosa, ya que entonces no es que haya operado la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria sino que el actor ya no es propietario de la cosa en virtud de la prescripción adquisitiva operada en favor del demandado.

Sin embargo, prescribe por dos (2) años la acción del propietario para reivindicar las cosas muebles sustraídas o perdidas de conformidad con los artículos 794 y 795 del Código Civil (C.C., art. 1986).

4° En principio, es una acción *restitutoria* en el sentido de que tiene por objeto obtener una sentencia que condene al reo a devolver una cosa, razón por la cual presupone que el demandado tenga la cosa en su poder. En este aspecto la reivindicación se diferencia netamente de la acción de declaración de certeza de la propiedad que sólo persigue la declaración dicha sin condena de restitución, y que, por lo tanto, puede ser intentada por el propietario que tenga en ello interés legítimo aun cuando el demandado no tenga la cosa en su poder.

Sin embargo, como veremos, en un *caso excepcional la acción reivindicatoria* declarada con lugar *puede no conducir a la restitución de la cosa sino al pago de su valor.*

III. CONDICIONES

Tradicionalmente se afirma que para la procedencia de la reivindicación se requiere que concurran tres grupos de condiciones o requisitos, unos relativos al actor, otros al demandado y otros a la cosa.

1° Condiciones *relativas al actor* (legitimación activa). Desde el Derecho Romano se ha establecido que la acción *reivindicatoria sólo puede ser ejercida por el propietario.* Naturalmente no es necesario demostrar la propiedad antes de intentar la acción; pero es necesario invocar el carácter de propietario en la demanda y luego demostrarlo en el curso del proceso.

Si la cosa pertenece a varios dueños, cada comunero puede reivindicar en nombre propio la cuota que le corresponde (C.F.C., M. 1935, pág. 428).

Las entidades públicas también pueden reivindicar los bienes de su dominio privado.

En cambio, no puede reivindicar quien sólo invoque la condición de poseedor o de acreedor de una obligación personal de restitución.

2° *Condiciones relativas al demandado* (legitimación pasiva). La *reivindicación sólo puede intentarse contra el poseedor o detentador actual de la cosa,* lo que no es sino consecuencia lógica de que la acción tiene carácter restitutorio y de que mal podría restituir quien no tiene la cosa en su poder a título de poseedor o detentador.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si el poseedor o detentador *después de la demanda* ha dejado de poseer la cosa *por hecho propio*

(por ej.: haberla enajenado), está obligado a recobrarla a su costa por cuenta del demandante; pero que si así no lo hiciere, deberá pagar su valor, sin perjuicio de la opción que tiene el demandante de intentar su acción contra el nuevo poseedor o detentador (C.C., art. 548, ap. único). Como se observa en el caso de que el demandado satisfaga el valor de la cosa, *por excepción, la reivindicación se transforma en una acción de resarcimiento.*

3° *Condiciones relativas a la cosa.* En esta materia cabe señalar que:

A) Se requiere la *identidad* entre la cosa cuya propiedad invoca el actor y la que posee o detenta el demandado.

B) *No pueden reivindicarse las cosas genéricas*, lo cual no es sino la simple consecuencia, de que no existe propiedad de cosas genéricas de modo que el demandante carecería de legitimación activa.

C) *No es cierto* que los bienes muebles por su naturaleza no sean reivindicables en virtud de lo dispuesto en el artículo 794 del Código Civil. En efecto, la reivindicación de dichos bienes procede si se prueba la mala fe del poseedor; que la cosa es una cosa sustraída o perdida, o que el poseedor no es un tercero.

IV. PRUEBAS A CARGO DEL ACTOR

El actor tiene la carga de probar que es el propietario de la cosa que reivindica, que el demandado la posee o detenta y la "identidad de la cosa"[1].

1. La afirmación es obvia. En todo caso, se encuentra entre otras, en las siguientes decisiones judiciales: Juzg. Sup. 2° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 11-III- 59 (J.T.R., vol. VII, Tomo II, p. 679), Juzg. 1° Inst. en lo Civ. y Merc. de la misma Circ., sent. de 17-XI-59 (J.T.R., vol. VII, Tomo II. p. 678), Cte. Sup. 2°. en lo Civ. y Merc. de la misma Circ., sent. de 1-VI-62 (R. & G , vol. V, p. 270); Cte. Sup. 1° en lo Civ. y Merc. de la misma Circ., sents. de 16-XI-63 (R. & G., vol. VIII p. 42) y del 11-I-68 (R. & G., vol. XVIII, p. 30); y Cte. Sup. 2° en lo Civ. y Merc. de la misma Circ. sent. de 16-XII-69 (R. & G., vol. XXII, pp. 103-4).

1° En puridad de rigor, el demandante debe demostrar que es el propietario de la cosa[2].

A) A tal efecto su situación varía según que haya adquirido de modo originario o derivativo[3], porque en el primer caso sólo tiene que probar el hecho generador de la adquisición (por ej.: la usucapión), mientras que en la segunda hipótesis, además de probar su propia adquisición, tiene que justificar los derechos de su causante y en su caso de toda la cadena de causantes anteriores porque nadie puede transmitir más derechos de los que tiene[4]. Por su dificultad esta prueba ha sido calificada de *probatio diabólica*. En la práctica, cuando es posible, se obvia la dificultad invocando a todo evento la usucapión. La doctrina en Francia e Italia llega a sostener que al actor le basta probar que tiene un derecho *mejor y más probable* que el derecho del demandado. Este criterio ha sido acogido por nuestra jurisprudencia[5].

---

2. Sin embargo, en el caso concreto de que la Nación reivindicara tierras que calificara de terrenos baldíos a partir de una sentencia de la C.F.C., de 15-XII-33 imperaba en la jurisprudencia la tesis de que la República estaba amparada por una presunción legal de propiedad, de modo que era el demandado quien tenía la carga de probar que él era el propietario (Juzg. Sup. 5° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. de. D.F. y Edo. Miranda, sents. de 26-IV-79) R. & G., vol. LXV, p. 58) y de 14-VI-82 (R. & G., vol. LXXVIII, p. 65), y C.S.J., Sala Pol. Admin., sent. de 3-III-76 (R. & G., Tomo LI, pp. 652-4). Afortunadamente la C.S.J., sent. de 25-II-86 (vol. XCIV, pp. 520-3) dejó sentado que tal presunción legal no existe aunque agregó que la prueba de la propiedad por parte de la Nación en tales casos implicaba la prueba prácticamente imposible del hecho negativo de que las tierras en litigio no eran ejidos ni de propiedad particular, razón por la cual concluyó en el caso concreto que como el demandado pretendía tener un título, la actuación procesal que correspondía a la República era demostrar la inidoneidad del mismo mediante la prueba de su invalidez o ineficacia.
3. Son modos de adquirir originarios aquéllos que hacen nacer el derecho directamente en el adquirente. Así, la propiedad de éste es nueva, sea porque recae sobre una cosa que no tenía propietario, sea porque la propiedad que ha adquirido no es el mismo derecho de propiedad del anterior propietario. Así la adquisición originaria implica la creación de un derecho en cabeza del adquirente.
   En cambio son modos derivativos aquéllos que transmiten el mismo derecho de propiedad de una persona que hasta entonces lo tenía (causante) a otra nueva (causahabiente).
4. En tal sentido C.F. y C., Mem 1936, Tomo II, p. 216.
5. Expresamente C.F. y C., Sala de Cas., sents. de 6-V-25 (Mem. 1926 p. 284) y de 26-II-38 (Mem. 1933 p. 391) y Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 14-III 66 (R & G., vol XIV, pp. 17 y 18); pero implícitamente en muchas otras decisiones.

B) En todo caso, el actor puede hacer libremente la prueba de su propiedad. No está limitado a la prueba escrita sino que puede recurrir a cualquier prueba legal incluso a las presunciones *hominis*[6].

C) *A propósito de la prueba* de que tratamos *pueden presentarse las siguientes situaciones:*

a) Que ninguna de las partes presente títulos de propiedad (hechos o documentos que demuestren la propiedad), caso en el cual la demanda debe ser declarada sin lugar tanto por no haber hecho el actor la prueba que le exige la ley como por aplicación del principio de que en igualdad de condiciones es mejor la situación de quien posee[7].

b) Que sólo presente títulos el reivindicante, caso en el cual la decisión debe favorecerle a condición de que sus títulos prueben su propiedad, o, al menos, que tiene un derecho mejor y más probable que el demandado[8].

c) Que ambas partes presenten títulos. Cuando éstos son derivativos deben distinguirse a su vez dos situaciones en materia de inmuebles:

a') Si los títulos proceden del mismo causante, priva el que fue registrado primero si se trata de un acto entre vivos y el último válido si se trata de testamentos[9].

---

6. Expresamente, Cte. Sup. 1° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 16-X-61 (R. & G., vol. IV, p. 75), aunque el mismo criterio sin formularlo es objeto de frecuente aplicación.
7. Sin argumentar sostienen esa solución C.F. y C., Sala de Cas., sent. de 29-VII-49 (Gac. For. N° 20 p. 402) y Cte. Sup. 3ª, en 1° Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 2-II-67 (R. & G., vol. XVI, P. 200).
8. En esta hipótesis es frecuente considerar que el título de propiedad del actor prevalece sobre la posesión del demandado sobre todo si es, anterior a esa posesión: Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 14-III-66 (R. & G., vol. XIV, pp. 17 y 18); Cte. Sup. 3° en lo Civ. y Merc. de la misma Circ. sents. de 2-II-67 (R. & G., vol. XVI, p. 200) y 10-XII-68 (R. & G., vol. XIX, pp. 212 -9), y C.S.J., Sala de Cas. Civ., Merc. y Trab., sent. de 14-V-69 (R. & G., vol. XXI, pp.403-4).
9. Las mismas sentencias citadas en la nota anterior.

b') Si los títulos provienen de distintos causantes, la situación debe favorecer al actor si sus títulos prueban su derecho de propiedad o, al menos, que tiene un derecho mejor y más probable que el reo; caso contrario, la sentencia debe favorecer al demandado[10].

2° Al actor incumbe probar también que el demandado es el poseedor o detentador de la cosa que reivindica para lo cual también puede hacer uso de cualquiera de los medios de prueba previstos por la Ley.

Sin embargo, en su caso, puede probar que el reo dejó de poseer o detentar la cosa por hecho propio después de la demanda judicial porque en tal hipótesis el demandado está obligado a adquirir la cosa por cuenta del demandante o a abonarle su valor (C.C., art. 548, ap. único). Naturalmente en orden a esta última eventualidad el actor en ese caso tiene la carga de la prueba del valor de la cosa.

3° Aun cuando está implícita en las pruebas anteriores la doctrina destaca que el demandante debe probar la *identidad* de la cosa en el sentido de que la cosa cuya propiedad alega es la misma que posee o detenta el reo[11].

V. EXCEPCIONES QUE PUEDE OPONER EL DEMANDADO

1° El demandado puede desde luego oponer las *excepciones de rito*: contradecir la propiedad que invoca el actor, probar que él no es poseedor o detentador de la cosa o que ésta no es la misma que pertenece al demandante.

2° Además, el reo puede, en su caso, oponer excepciones de mérito tales como:

A) Que tiene frente al actor un derecho a poseer o detentar la cosa.

---

10. Las sentencias citadas en la nota 8 consideran que en este caso debe prevalecer el título más antiguo.
11. Destacan además que la identidad en el caso de inmuebles a veces no puede probarse mediante el examen simple de los documentos de propiedad: C.Cas., Sala Civ., Merc. y Trab. sent. de 19-XI-1957 y C.S.J., Sala Pol. Admin., sent. de 29-IX-70 (R & G., vol. XXVIII pp. 481-2).

B) Que el actor está obligado a garantizarle la posesión pacífica de la cosa. Esta sería la excepción procedente si, por ejemplo, una persona ha vendido a otra una cosa que en ese momento no le pertenecía, luego la adquiriese y posteriormente pretendiera reivindicarla de aquella persona a quien se la había vendido.

C) Que la acción reivindicatoria ha prescrito si se trata de los casos en que excepcionalmente prescribe la acción.

D) Según algunos autores, que en el caso de reivindicación de muebles sujetos al régimen del artículo 794 del Código Civil, es un tercero poseedor de buena fe, lo que en realidad es una excepción de rito.

VI. EFECTOS DE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

Si la acción es declarada con lugar, la consecuencia fundamental de la reivindicación es que el demandado queda condenado a restituir la cosa con todos sus accesorios, o en el caso previsto en el aparte único del artículo 548 del Código civil, a adquirirla para el demandante o a pagar a éste su valor.

Dicho sea de paso, el actor que haya recibido el valor de la cosa no pierde el derecho de reivindicar contra el nuevo poseedor o detentador; pero en tal caso habrá de devolver al anterior poseedor o detentador la suma que recibiera de él en lugar de la cosa (Messineo, ob. cit., Tomo III, 85, 2, p. 366).

Puede ocurrir además que la sentencia establezca obligaciones de restituir frutos o productos, de reembolsar gastos necesarios o de indemnizar mejoras, todo conforme a las reglas estudiadas con motivo de la posesión.

ACCIÓN DE DECLARACIÓN DE CERTEZA DE LA PROPIEDAD

I. CONCEPTO

La acción de declaración de certeza de la propiedad es aquélla en la cual el actor sólo pide que se le reconozca su derecho de propiedad sobre la cosa que alega pertenecerle. Durante algún tiempo, la admisi-

bilidad de esta acción quedó envuelta en la discusión más general de si en nuestro Derecho eran admisibles las acciones mero-declarativas en general o sólo en casos particulares. Nuestra jurisprudencia en definitiva acogió la primera solución. En la actualidad hay texto expreso en el mismo sentido, aunque con una importante excepción que se estudiará en Derecho Procesal Civil (C.P.C., art. 16).

II. CARACTERES

1° La acción es una acción *petitoria* toda vez que consiste en hacer valer la titularidad del derecho.

2° La acción es *imprescriptible* en los mismos términos y por las mismas razones que la reivindicación.

3° La acción es *mero declarativa de certeza* ya que no persigue sino la afirmación del derecho alegado. En particular debe señalarse que esta acción no persigue restitución ni resarcimiento alguno, aun cuando es posible que el actor al propio tiempo que propone su acción de declaración de certeza dirigida a combatir al tercero que le niega o discute la titularidad de su derecho, demande también el resarcimiento de los daños que alega haber sufrido; pero en tal caso se trata de dos acciones distintas propuestas simultáneamente.

III. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA

1° El actor debe ser propietario del bien objeto del litigio, y,

2° El reo debe haber negado o discutido el derecho que hace valer el actor.

IV. PRUEBAS A CARGO DEL ACTOR

Corresponde al actor probar su propiedad a cuyo propósito es aplicable lo correlativamente expuesto al tratar de la acción reivindicatoria y, además, el hecho de que el reo le haya discutido o negado su derecho

(sin lo cual el actor carecería del interés que la Ley requiere para conceder la acción).

V. EXCEPCIONES QUE PUEDE OPONER EL DEMANDADO

El reo puede limitarse a oponer las excepciones *de rito* o, por lo contrario, oponer la excepción de que *es el verdadero titular del derecho.*

VI. EFECTOS DE LA ACCIÓN

Si la acción es declarada con lugar, los efectos de la misma son los que corresponden a su naturaleza *mero declarativa.*

VII. CASO ESPECIAL

Para el caso particular de que el actor pretenda que se declare que ha adquirido por usucapión la propiedad (o la titularidad de otro derecho susceptible de ser adquirido por prescripción adquisitiva), el Código de Procedimiento Civil prevé un procedimiento especial en el cual mediante la exigencia de diversos requisitos se trata de asegurar la participación de cualquier interesado y cuya sentencia tiene el mismo valor de las dictadas en los juicios de declaración de estado civil (C.PC., art. 690 y ss.).

ACCIÓN DE DESLINDE

1° "Todo propietario puede obligar a su vecino al deslinde de las propiedades contiguas; y de acuerdo con lo que establezcan las leyes u ordenanzas locales, o en su defecto, los usos del lugar y la clase de propiedad, a construir, a expensas comunes, las obras que los separen" (C.C., art. 550). Consagra así la ley *dos facultades*, conexas pero distintas, de todo propietario de un fundo en relación a sus vecinos: la facultad de exigir el *deslinde* entre sus propiedades y la facultad de exigirle la *fijación de signos de sus linderos.*

Naturalmente, ese deslinde y esa fijación de signos de los linderos pueden realizarse de mutuo acuerdo entre los interesados, caso en el cual, se celebra entre ellos un contrato al efecto sin necesidad de que nadie haya intentado una acción contra otra. Pero, a falta de contrato, cualquiera de los propietarios de fundos contiguos puede ejercer una acción contra el otro (o los otros), para lograr uno u otro propósito. La acción para lograr el deslinde se llama acción de deslinde y tiene un procedimiento especial en nuestro Código de Procedimiento Civil. La otra acción se conoce con el nombre de acción de fijación de linderos; pero la ley no ha previsto para ella ningún procedimiento especial.

2° El deslinde, *sea convencional o judicial*, tiene por objeto fijar la línea separatoria entre fundos contiguos cuyos límites son dudosos, operación que puede ir acompañada por la fijación de signos del lindero que se haya determinado (mojones, hitos u otros); pero que pueden realizarse sin necesidad de hacer esa fijación o señalización (p. ej.: mediante procedimientos topográficos de determinación).

No es pues de la esencia del deslinde la fijación de los signos del lindero, pero, en cambio, es esencial que la eventual controversia se refiera a los linderos que separan los fundos sin que se discuta el carácter de propietario que tiene cada una de las partes sobre los fundos de cuyos linderos se trate.

Así pues la acción de deslinde es aquélla mediante la cual el promovente de la misma pretende que se establezca la línea que separe su fundo del fundo vecino (o de dos o más fundos vecinos), sin discutir la condición de propietario del otro (o de los otros).

Aunque existan discusiones al respecto, la acción de deslinde es una acción real petitoria[12], si bien la sentencia que recae no debe pronun-

12. Con ello, sin embargo, no afirmamos que sólo puede ser ejercida la acción por el propietario a quien la ley expresamente atribuye legitimación activa. En nuestro concepto, debe reconocerse la facultad de intentarla a todo aquél que tenga un derecho real sobre el fundo, no sólo un derecho de goce como el enfiteuta o el usufructuario sino incluso de garantía como es el acreedor hipotecario, con la sola excepción de quienes tengan un derecho al que no afecte el lindero de que se trate (hipótesis ésta que no sería extraña en materia de servidumbres). Es evidente, en efecto, el interés legítimo que tienen en la materia los titulares de esos derechos. Naturalmente, si uno de ellos ejerce la acción, debe solicitar la citación del propietario sobre cuyo fundo tiene el derecho real que invoca.

ciarse sobre la propiedad misma sino sobre los límites espaciales de los fundos a que se refiera[13], no causa cosa juzgada sobre la propiedad que impida recurrir a una acción reivindicatoria[14] y tiene carácter declarativo de esos límites o linderos[15].

3° En cambio, la acción de fijación de linderos *tiene carácter personal*, y *tiende a la delimitación material entre dos o más fundos,* cuyos linderos no son controvertidos, mediante la colocación o construcción —a costa común de los propietarios— de los "signos del lindero".

4° También debe distinguirse de la acción de deslinde, la acción de verificación de linderos, que es de naturaleza personal, y en la cual la controversia versa acerca de *si los signos del lindero* —que ya habían sido colocados— están en el lugar debido o han sido desplazados. Esta acción no está mencionada en la Ley; pero nada obsta a su existencia.

De hecho, existen decisiones que han reconocido legitimación activa tanto al copropietario (Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ y Merc. del Dpto. Vargas de la I Circ. Jud. sent de 7-X-58, J.T.R Vol. VII, Tomo I , p. 803), como al usufructuario (Juzg 1° de la 1ª Inst. en lo Civ. de la Circ, Jud. del Edo. Sucre sent. de 14-III-60); J.T.R., Vol VIII, pág, 258, que en su motivación se refiere a quienes sin tener la propiedad tienen el goce y posesión, aunque en el caso concreto, como se ha dicho, era un usufructuario.

Se dictó también una sentencia aislada que negaba el carácter real a la acción de deslinde (Juzg. 2° de la. Inst. en lo Civ., Merc. y, Trab. de la Circ. Jud. del Edo. Guárico, sent. de 9-IV-75, J.T.R., Vol. XXII, p. 97)

13. C.F.G., Sala de Cas., sent. de 19-X-48; J.C.D.C.V., Tomo I, p. 185, N° 15; Juzg de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sents. de 20-XIII-60, J.T.R., Vol. VII, p. 252 y de 20-VI-60, J.T.R., Vol. VIII, p. 269; juzg. Sup. 1° en lo Civ. de la misma Circ., sent. de 2-IV-64 (J T.R., Vol. XII, p. 194); y C.S.J., Sala de Cas. Civ., sent. de 5-XII-85 (J.T.R., XCIII, pp. 593-4).
14. Ctc. Sup. 1ª en lo Civ y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. 2-IV-64 (R.& G., Tomo X, p. 69) y Juzg. Sup, 1° en lo Civil de la misma Circ., sent. de 20-IV-64 (R. & G., Tomo XII, p. 194)
15. En forma absolutamente explícita: Juzg. Sup. 1° en lo Civ. de la I Circ. Jud., sent. de 20-IV-56 (J.T.R., Vol. V, p. 362) Otras sentencias, incluso de Casación, señalan que el acta de deslinde no constituye "justo título" por no ser capaz de transferir el dominio y que tampoco es título de propiedad, lo que no es sino consecuencia del carácter declarativo de la acción, pero no califican la acción así en forma explícita.

ACCIÓN NEGATORIA

I. CONCEPTO

La acción negatoria es aquélla en la cual el actor alega que la cosa que afirma pertenecerle no está gravada por el derecho real en cosa ajena que el demandado alega tener sobre ella o que incluso ejerce.

II. CARACTERES

1° Es una acción *petitoria* ya que se invoca el derecho de propiedad,

2° Es una acción *imprescriptible.*

3° La acción puede ser intentada *como acción de condena o como acción de declaración de certeza.*

III. CONDICIONES

Para que la acción proceda se requiere que concurran las siguientes condiciones:

1° Que el actor *sea propietario* de la cosa sobre la que versa el litigio (legitimación activa);

2° Que *no exista el derecho real en cosa ajena de que se trate;* en particular que esté libre de la pretendida enfiteusis, usufructo, uso, habitación, hogar o servidumbre pasiva, y

3° Que el demandante *alegue o ejerza el derecho real en cosa ajena* que el actor niega (legitimación pasiva).

IV. PRUEBAS QUE INCUMBEN AL ACTOR

Además de demostrar que el reo alega o ejerce el derecho limitado de que se trate, el actor sólo tiene que demostrar su propiedad cuya "libertad" o plenitud se presume hasta prueba en contrario.

V. EXCEPCIONES QUE PUEDE OPONER EL DEMANDADO

Además de las excepciones de rito, el demandado puede oponer la titularidad del derecho que se le niega (lo que tiene la carga de probar).

VI. EFECTOS DE LA ACCIÓN

Si la acción es declarada con lugar, el resultado es que el demandado debe abstenerse de alegar o ejercitar el pretendido derecho. Una decisión semejante tiene el efecto de neutralizar los efectos de la eventual acción *posesoria* del derecho limitado que hubiera podido haber ejercido victoriosamente el reo.

Debe aclararse que la acción negatoria sirve para proteger al propietario no sólo de alegatos de terceros sino también de sus indebidas intromisiones porque si éste fuere el caso, el propietario puede pedir y obtener del Juez que ordene la cesación de tales perturbaciones o molestias.

Por lo expuesto se comprenderá fácilmente que la acción negatoria se diferencia netamente de la reivindicación toda vez que no se discute la *pertenencia* del bien sino su "*libertad*".

CAPÍTULO XX

LA COMUNIDAD

CONCEPTO. CONCEPCIONES HISTÓRICAS DE LA COPROPIEDAD. ORIGEN O NACIMIENTO DE LAS COMUNIDADES. DURACIÓN. RÉGIMEN. CLASES. PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD ENTRE CONCUBINOS.

CONCEPTO DE COMUNIDAD

I. De ordinario, el derecho subjetivo pertenece a un solo titular, caso en el cual la doctrina italiana llama al derecho en cuestión *derecho solitario*. Sin embargo, no pocas veces, un mismo derecho tiene simultáneamente varios titulares caso en el cual se habla de *comunidad* o *titularidad múltiple*. El fenómeno puede presentarse respecto de un derecho aislado (por ej., entre dos personas que compran a medias un inmueble); pero también puede ocurrir respecto de un conjunto de derechos (por ej.: entre coherederos que no han hecho partición de una herencia que comprende varios derechos). En este último caso, el conjunto puede estar formado por derechos cualitativamente homogéneos (por ej.: sólo por derechos de propiedad) o heterogéneos (por ej.: un derecho de propiedad, otro de usufructo y otro de crédito).

II. No hay comunidad, en cambio, cuando existen titulares de derechos autónomos sobre partes concretas y separadas de una cosa, aun cuando todas ellas constituyan una unidad económica. Así, por ejemplo no habría comunidad entre el propietario de una locomotora y el propietario de unos vagones aun cuando éstos se engancharan a aquélla para operar como ferrocarril.

Tampoco hay comunidad cuando sobre un mismo objeto existe una pluralidad de derechos de diferente contenido o grado correspondientes a distintos titulares. Así, por ejemplo, no son comuneros el nudo propietario y el usufructuario ni el acreedor hipotecario de primer grado y el de segundo aun cuando la cosa sobre la cual versen sus derechos sea una misma. En estos casos puede decirse que hay *coexistencia de derechos sobre el mismo objeto*; pero no que haya comunidad.

III. Aun cuando haya comunidad cada vez que existan simultáneamente varios titulares de un mismo derecho sobre una misma cosa, la ley llama preferentemente *comunidad a la copropiedad o condominio*, o sea, al caso en que existen varios titulares de un mismo derecho de *propiedad*. No obstante, la ubicación de las normas sobre comunidad en el Código Civil revela la intención del legislador de que tales normas se apliquen, al menos por analogía, a toda *comunidad de derechos reales* y no sólo a la copropiedad.

CONCEPCIONES HISTÓRICAS DE LA COPROPIEDAD

I. Las dos concepciones más importantes de la copropiedad han sido la concepción germánica y, la romanista.

II. En el *Derecho germánico*, lo que podría llamarse copropiedad era *la propiedad en mano común o propiedad mancomunada* que estaba concebida *como una forma de propiedad colectiva* en el sentido de que cuando una cosa pertenecía simultáneamente a varias personas se consideraba que pertenecía a una colectividad y no a una simple suma de individuos. Así los distintos propietarios quedaban vinculados entre sí formando un grupo que propiamente hablando era el propietario de la cosa. Por lo demás: 1° no existía la idea de que la propiedad de la cosa estuviera distribuida en cuotas partes, y, por tanto, no se reconocía al copropietario el derecho de disponer libremente de su cuota; 2° ninguno de los copropietarios podría pedir libremente la partición; y, 3° en la administración de la cosa se requería la unanimidad en cada decisión o la decisión unánime de encomendar la administración a una determinada

persona. Se comprenden fácilmente las incomodidades y dificultades inherentes a la situación descrita.

III. Dentro de *la concepción romanista más radical*, la *copropiedad era una forma de propiedad individual* en la que cada comunero no tenía con los otros más vinculación que la nacida de que éstos también eran propietarios individuales de la misma cosa.

La *doctrina francesa* fusiona la concepción romanista con elementos de la germánica distinguiendo en la copropiedad un derecho sobre la cosa, concebido como un derecho colectivo que en principio sólo puede ejercerse por unanimidad, y un derecho sobre cada cuota, concebido como un derecho individual del cual puede disponer libremente su titular, o sea, cada uno de los comuneros. La *doctrina italiana*, en cambio, considera que cada copropietario tiene *una participación en un único derecho de propiedad* en el entendido de que esa participación no tiene rango de derecho autónomo con contenido por sí mismo.

Ahora bien, cualquiera que sea la concepción romanista que se adopte, lo cierto es que representa un compromiso entre la idea de que cada quien es un propietario individual y la idea de que la cosa es común, de tal manera que los poderes individuales de cada copropietario están limitados por los poderes individuales de los demás. Ese compromiso se realiza a través del concepto de *la cuota ideal o alicuota de propiedad* que permite concebir que cada comunero en principio tenga, sobre todas y cada una de las partes materiales de la cosa, todas las facultades inherentes al derecho de propiedad, y que sin embargo, esas facultades estén limitadas debido al hecho de que cada copropietario sólo tiene una determinada proporción del derecho de propiedad.

Obsérvese, por lo demás, que si bien el concepto de cuota limita los derechos de cada comunero, dicho concepto también es elástico en el mismo sentido en que es "elástica" la propiedad. Así pues, cuando un comunero abandona o renuncia a su cuota, ésta acrece la de los demás pudiendo llegarse por esta vía hasta la consolidación de la propiedad en manos de un solo titular.

IV. *En nuestro Derecho* se acoge la concepción romanista de la copropiedad de modo que son elementos integradores del concepto:

1° *La pluralidad de sujetos*. La copropiedad es un caso de cotitularidad de derechos de manera que es inconcebible si no existe la pluralidad señalada.

2° *La unidad en el objeto o indivisión material*. El derecho de cada copropietario incide exactamente en la misma cosa. Así cada propietario tiene derecho —junto con los demás— hasta sobre las menores porciones materiales en que pueda imaginarse dividida la cosa de modo que ninguna parte material de la cosa deja de pertenecer a todos los copropietarios.

3° *La atribución de cuotas del derecho de propiedad a los distintos sujetos*. Todos los copropietarios son propietarios; pero, sin embargo, sus facultades tienen un límite derivado de que cada copropietario tiene sólo *una participación, fracción o porción aritmética* señalada por su *cuota*. A su vez esa cuota es considerada como una entidad dotada de cierta autonomía y puede transformarse en una porción material del bien o de su valor en caso de que se extinga la comunidad (por ejemplo, en caso de partición).

Los mismos elementos integran el concepto de comunidad de derechos reales sólo que entonces la atribución de cuotas no es necesariamente la atribución de cuotas del derecho de propiedad sino de cualquier derecho real.

ORIGEN Y NACIMIENTO DE LAS COMUNIDADES

I. Las comunidades pueden tener su origen en la voluntad de los particulares o directamente en la ley.

Provienen de la *voluntad de los particulares*, en forma más o menos directa según los casos, las comunidades derivadas de disposiciones testamentarias, de los contratos y del matrimonio. En cambio, *derivan de la ley*, en mayor o menor medida, las comunidades resultantes de

sucesiones *ab-intestato* y las surgidas por aplicación del artículo 577 del Código Civil.

II. Desde otro punto de vista, puede destacarse que a veces la comunidad nace *de hechos o actos extraños a los partícipes*, como ocurre con la comunidad hereditaria, y otras, *surge de un acuerdo de los mismos partícipes*. En el primer caso se habla de comunidad *incidental* y en el segundo de comunidad *convencional*.

DURACIÓN DE LA COMUNIDAD

I. Aunque en nuestro Derecho, la comunidad dista mucho de presentar los inconvenientes de la propiedad mancomunada y tiene un régimen de administración mucho más ágil que el establecido en el Código Napoleónico, nuestro legislador la considera como una forma poco eficiente de ejercer el derecho y por tal razón la trata como una situación que *no goza del favor de la ley* y a la que, *es deseable poner fin*. Sin embargo, *no llega a establecer un límite de duración de la misma*, de modo que —y es importante destacarlo— *la comunidad no se disuelve nunca por el solo transcurso del tiempo por prolongado que éste sea.*

II. Dentro de ese orden de ideas, el legislador ha establecido con el carácter de regla general que: "*A nadie puede obligarse a permanecer en comunidad y siempre puede cualquiera de los partícipes demandar la partición*" (C.C., art. 768, encab.).

La regla indicada tiene a su vez excepciones:

1° No rige en el caso de las comunidades organizadas por la ley para un fin preciso mientras subsista la finalidad. Tal es el caso, por ejemplo, de la comunidad conyugal.

2° "No podrá pedirse la división de aquellas cosas que de dividirse, dejarían de servir para el uso a que están destinadas" (C.C., art. 769). Tal es el caso de las indivisiones forzosas y perpetuas de las que hemos de tratar *infra* en otro capítulo.

3° "Es válido el pacto de que se deba permanecer en comunidad por un tiempo determinado (pacto de indivisión), no mayor de cinco años" (C.C., art. 768, ap. 1°) . "La autoridad judicial, sin embargo, cuando lo exijan graves circunstancias, puede ordenar la división de la cosa común, aun antes del tiempo convenido" (C.C., art. 768, ap. 2°). En todo caso, si el pacto excede de cinco años no es nulo sino que se reduce a los cinco años. Por lo demás, nada obsta para que los comuneros convengan en prorrogar el plazo o renovar el pacto cuantas veces quieran mientras no incurran en fraude a la ley.

4° Por otra parte, el testador puede prohibir la partición de la herencia cuando al menos uno de los herederos sea menor de edad hasta un año después de que el menor o todos los menores si fueren varios, hayan llegado a la mayoridad. Sin embargo, aun en este caso prevé la ley que el juez cuando lo exijan graves y urgentes circunstancias, puede permitir la partición prohibida por el testador (C.C., art. 1067).

RÉGIMEN DE LA COMUNIDAD

I. La comunidad de bienes se rige por las disposiciones del Código Civil, a falta de pacto entre los comuneros o de disposiciones especiales (C.C., art. 759). En tal virtud existe una *prelación* entre las normas llamadas a regir la comunidad: en primer lugar, está el pacto entre los copartícipes; en segundo término, las "disposiciones especiales" y por último las disposiciones generales del Código.

II. *El pacto entre los comuneros* (en caso de existir) prevalece sobre las demás normas aplicables a la comunidad excepción hecha de las normas legales que sean de orden público.

III. Las *disposiciones especiales* aplicables al tipo de comunidad de que se trate pueden ser normas del propio Código Civil (como son las que regulan la comunidad de bienes en el matrimonio) o de leyes especiales como, por ejemplo, la Ley de Propiedad Horizontal. En ambos casos prevalecen sobre las disposiciones generales del Código Civil en materia de comunidad.

IV. Las *disposiciones generales* del Código Civil (Título IV del Libro I) son aplicables en ausencia absoluta de las normas preferentes señaladas (cuando no hay pacto entre comuneros ni disposición especial para el tipo de comunidad de que se trate) y también para llenar los vacíos que tengan esas normas preferentes.

EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD

I. Si se prescinde de normas especiales a las que luego haremos referencia, la comunidad se extingue por el perecimiento de la cosa o derecho sobre la cual versa, por consolidación de la propiedad o derecho en un comunero, por adquisición de la cosa o derecho por una sola persona extraña a la comunidad y por partición.

1° Obviamente, *si perece la cosa o derecho común*, perecen consecuencialmente todas las cuotas de los copartícipes y cesa la comunidad.

2° De igual manera desaparece la comunidad si se *consolida la propiedad o derecho en uno solo de los comuneros*, o sea, si todas las cuotas se concentran en éste. Ello puede ocurrir, entre otras, por las siguientes causas:

A) Porque todos los demás comuneros hayan renunciado a sus cuotas, cualquiera que sea el motivo;

B) Porque uno de los comuneros haya usucapido la cosa o derecho en su totalidad frente a los demás comuneros; o

C) Porque uno de los comuneros haya adquirido las cuotas de todos los demás, sea por sucesión o por acto entre vivos (por ej.: por haberles comprado todos sus derechos).

3° Asimismo desaparece la comunidad para dar paso a un derecho *solitario cuando una persona extraña a la comunidad adquiere la cosa o derecho común en su totalidad* (por ej.: por usucapión, por compra, etc.).

4° Por último, también se puede extinguir la comunidad *por partición de la cosa o derecho común.*

A) *La partición propiamente dicha* es la llamada *partición o división material* que consiste en dividir la cosa común en tantas partes materiales o lotes como comuneros haya y en adjudicar a cada uno de éstos la propiedad de un lote o parte material con exclusión de los demás copartícipes. La operación. representa pues convertir la cuota ideal sobre el todo en un derecho solitario sobre una parte material de ese todo. Naturalmente cada comunero tiene derecho a que su parte o lote sea proporcional a la cuota que le pertenece. A veces, sin embargo, el valor del lote de un comunero es superior al que correspondería a su cuota y el del otro es en cambio inferior, caso en el cual se suele pactar un pago que compense la situación (pago de saldo o vuelta).

También se le da el nombre de *partición a la partición o división civil,* llamado más *exactamente procedimiento sustitutivo de la división material.* En este caso, la operación consiste en la "realización" de la cosa o derecho común y el subsecuente reparto del precio obtenido entre todos los comuneros en proporción a los haberes que tenían en la comunidad.

B) Como sabemos, cada comunero por pequeña que sea su parte tiene derecho a pedir partición no obstante la oposición de los demás con las excepciones y limitaciones ya señaladas al tratar de la duración de la comunidad. Esa acción para pedir partición es, por lo demás, imprescriptible[1].

C) A la división entre comuneros son aplicables las reglas del Código Civil concernientes a la división de la herencia y las especiales que sobre el procedimiento para llevarla a cabo establece el Código de Procedimiento Civil (C.C., art. 770). Como tales normas se estudian en otros cursos de la carrera, baste decir por ahora que atendiendo a su forma, la partición puede *ser amistosa o convencional, o por vía judicial,* aparte de los casos en que sea hecha por el ascendiente en su testamento.

---

1. Cte. Sup. 1° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 14-II-51 (J.T.R., Vol. I, p.231).

D) Por su propia naturaleza, la partición debería considerarse como un negocio traslativo; pero por razones históricas y prácticas, la ley la considera como un *acto puramente declarativo* y en consecuencia le da *efectos retroactivos*[2] . Así, una vez realizada la partición se reputa que la parte o lote adjudicada a cada comunero le ha pertenecido siempre en forma exclusiva y que, en cambio, nunca ha tenido derecho sobre el resto de la cosa o derecho común. Este efecto a su vez puede traer importantes consecuencias cuando el comunero enajena, cede o hipoteca su cuota porque los efectos de tales operaciones se limitan a la parte que le toque al comunero en la partición (C.C. art. 765, últ. disp.), lo que puede perjudicar notablemente derechos de terceros adquirentes, cesionarios o acreedores hipotecarios.

II. Por otra parte, determinados tipos de comunidades tienen causas de extinción específicas (por ej.: la disolución del matrimonio extingue la comunidad conyugal); pero su efecto suele consistir en transformar la comunidad especial correspondiente en otro tipo de comunidad (por lo general, la comunidad ordinaria), de modo que subsiste la situación de comunidad aunque regida por normas diferentes.

CLASES DE COMUNIDAD

I. Como hemos visto, atendiendo a su origen la comunidad, ésta puede ser *voluntaria* si tiene origen en la voluntad de los particulares (copartícipes o no), o *legal* si nace directamente de la ley./

II. La comunidad se llama *ordinaria* cuando los comuneros tienen derecho de pedir partición y *forzosa* en caso contrario.

---

2. Juzg. Sup. 1° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent de 24-11-77 (R. & G., Vol LV, pp. 11 y ss.), quien lo afirma en virtud del art. 1.116 C.C., aplicable a la partición entre comuneros por disposición del art. 770 *eiusdem*. En el mismo sentido: C.S.J., en Sala Cas. Civ., sent. de 2-II-78 (R. & G., Vol. LIX, p. 382).

PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD ENTRE CONCUBINOS

I. ANTECEDENTES

Para la mejor comprensión de la presunción de comunidad entre concubinos tal como está consagrada en el Código Civil vigente, conviene analizar la norma que en la materia había sido introducida en nuestro Derecho por el Código Civil de 1942, en los siguientes términos:

> "Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial cuando la mujer demuestra que ha vivido permanentemente en este estado y ha contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre, aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre ellos dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro, salvo el caso del adulterio" (C.C. de 1942, art. 767).

A propósito de esa disposición debe destacarse que:

1° El *alcance y finalidad* de la reforma que implicó esa norma fue resumido así:

> "Esta disposición es de gran trascendencia social y viene a amparar a la mujer que ha vivido al lado de un hombre en unión extramatrimonial, *trabajando a su lado y contribuyendo a formar (o aumentar) su patrimonio, merced al esfuerzo común*. Fue inspirada en la necesidad de atender a una situación existente principalmente en lugares alejados de los centros de más población, donde los matrimonios son tan escasos que la regla está, por decirlo así, constituida aun por las uniones ilegítimas"[3].

2° *En otros países* se habían buscado soluciones distintas al mismo problema, que por diversos motivos no resultaban adecuadas a la realidad venezolana, o que en todo caso no eran acogidos por nuestra jurispru-

3. C. Cas., sent de 5-XII-51. (Gac. For. N° 9 p. 500).

dencia que negaba toda acción al concubino o concubina. Así, en efecto, en algunas legislaciones el concubinato es calificado de "matrimonio anómalo" al cual se aplica el régimen patrimonial del matrimonio, siempre que dicho concubinato llene ciertas condiciones mínimas, solución radical incompatible con nuestro ordenamiento legal de la época. En otros Derechos se admite que entre concubinos existe una "sociedad conyugal de hecho", solución igualmente inaceptable entre nosotros. La jurisprudencia francesa de la época por su parte consideraba que la comunidad de trabajo entre concubinos implicaba la coexistencia de una sociedad civil o mercantil irregular entre ellos. En otros Derechos se le daba acción a la concubina por considerar que entre ella y su concubino existía, en la hipótesis señalada, un contrato tácito de prestación de servicios y en otros se le permitía a la concubina intentar la acción *in rem verso*.

3° Los *supuestos de procedencia* de la presunción tal como lo estableció nuestro legislador en 1942 eran los siguientes:

A) *La existencia de una unión extramatrimonial permanente*, lo que según nuestra doctrina implicaba a su vez:

a) Unión de personas de diferente sexo; b) Comunidad de lecho; c) "Aparente" fidelidad del hombre frente a la mujer; d) Comunidad de habitación y vida; e) Cierta notoriedad de la situación; f) Ausencia de formalidades matrimoniales; y g) Inexistencia de impedimentos, al menos dirimentes, para contraer matrimonio entre las personas así unidas, punto este último que se prestaba a discusión (salvo en el caso de que una de las personas estuviere casada, hipótesis en que expresamente la ley excluía la procedencia de la presunción de comunidad).

B) *La contribución de trabajo que hubiera contribuido a formar o aumentar el patrimonio del otro concubino.*

Inicialmente, predominaba en nuestra jurisprudencia, la tendencia a exigir la demostración de que el trabajo había sido *fructífero*, directamente encaminado a la formación o aumento del patrimonio. En este sentido se destacaba que el solo hecho de comprobar que hubo ayuda de ciertos trabajos no producía la *presunción juris tantum* de que ese trabajo hubiera

contribuido a formar o aumentar el patrimonio y asimismo de que no era suficiente la sola colaboración que pudiera prestar la concubina en las tareas propias del hogar[4].

Un fallo de Casación en 1957 cambió radicalmente la orientación jurisprudencial al sentar que la contribución podía verificarse mediante una conducta directamente apuntada a la formación o al aumento del patrimonio o también en virtud de la colaboración indirecta; pero causalmente vinculada a ese fin[5], aunque naturalmente la presunción no operaba si no había siquiera esa contribución o colaboración.

C) *La contemporaneidad de los requisitos anteriormente indicados*. En consecuencia, la presunción no favorecía a la mujer que había contribuido con su trabajo a la formación o aumento del patrimonio del hombre con quien, *después* de logrado ese efecto patrimonial, llegaba a vivir en concubinato; ni tampoco a la mujer que vivió en concubinato durante una época en que no se produjo la formación o aumento del patrimonio *aunque luego de extinguidas las relaciones concubinarias* contribuyera a ello con su trabajo.

4° Dados los supuestos indicados la *consecuencia jurídica* era una *presunción "iuris tantum" de comunidad* sobre los bienes que constituían *el patrimonio o el incremento de patrimonio*, aunque dichos bienes estuvieran "documentados a nombre de uno solo de los concubinos".

---

4. En este sentido Juzg. 1°de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. del Edo. Guárico, sent de 3-VIII-44 citada por el Dr. S.Tovar Lange, pp. 126 y ss.; Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. del Edo. Monagas, sent. de 16-VI-53 (J T.R., Vol. III, p. 73, N° 2); Juzg. Sup. del Edo. Táchira, sent. de 24-XI-53 (J.T.A.. Vol. III, p. 74, N° 3), y Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. de la XVII Circ. Jud., sent. de 14-I-55 (J.T.R., p. 240 N° 30).

5. C. Cas., Sala Civ. Merc. y Trab., sent. de 20-XI-57 (Gac. For. N° 18, 2ª. et., pp. 194-9). Luego Juzg. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 30-VI-66 (J.T.R. Vol. XIV, pp. 211-2), Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la misma Circ. Jud., sent. de 25-VII-63 (R.& G. Vol. VIII, pp. 19-20,) y Juzg. Sup. 5° en lo Civ. y Merc. de la misma Circ., sents. de 11-XI-77 (R. & G., vol. LVIII, p. 69) y de 30-IV-80 (R. & G., Vol. LXIX pp. 69-71). La sentencia de Casación que citamos en primer término, además de sentar que todo trabajo implica un esfuerzo más o menos productivo y que cuando dos personas trabajan juntas en la adquisición de bienes es ocioso indagar si la labor de alguna o de ambas fue productiva, la Corte estableció que "Requerir que el trabajo debe ser *fructífero*, es exigir una prueba más que no exige el legislador, esto aparte de que, en la mayoría, de los casos, es difícil, si no imposible, ofrecerla y crea una injusta e ilegal desigualdad, presumiendo que el trabajo del hombre *siempre* es productivo, en tanto que el de la mujer no lo es, *debe probarlo*".

Pero esa presunción no surtía efectos *erga omnes* sino sólo entre los dos concubinos y entre sus respectivos herederos así como "entre uno de ellos y los herederos del otro".

En virtud de la presunción lo que podía reclamarse, según los casos, era la mitad del patrimonio formado o del aumento de patrimonio debido a la contribución de trabajo, así como la mitad del aumento del valor de los bienes adquiridos con el trabajo común o con los recursos resultantes de éste.

5° Aunque la norma estaba redactada en términos que aparentemente no favorecían sino a la mujer, la *presunción también podía ser invocada por el hombre* porque así lo indicaba la frase "aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan documentados a nombre de uno solo de los concubinos"[6].

6° En virtud del principio *de irretroactividad de la ley* nuestro Supremo Tribunal —sin que faltaran discrepancias en la doctrina— estableció que: "la presunción de comunidad en los bienes individualmente adquiridos a título oneroso por los concubinarios durante el concubinato... sólo puede referirse a las adquisiciones de esa especie ocurridas con posterioridad a la vigencia del Código Civil actual", ya que "antes del presente Código Civil actual, no había texto legal que regulase en Venezuela las relaciones de orden patrimonial de los concubinarios" y por tanto "los bienes que éstos hubieren adquirido individualmente en época anterior, en conformidad con las disposiciones legales vigentes al tiempo de la adquisición, ingresaron definitivamente, en el respectivo patrimonio"[7].

---

6. En este sentido, C. Cas. en Sala Civ., Merc. y Trab., sent. de 14-VII-59 (Gac. For. N° 25, 2ª et., p. 58) y luego Juzg. 2ª de la. Inst. en lo Civ. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda (J.T.R. Vol. XVII, pp. 72-3). En cambio, en sentido contrario, Juzg. de la. Inst. en lo Civ. y Merc. de la XV Circ. Jud., sent., de 13-1-54 (J.T.R., Vol. IV, Tomo I), Juzg. Sup. 6° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 11-VIII-79 (R. & G., Tomo LXVI, p. 137) y C.S.J., en Sala Cas. Civ., sent. 30-IV-81 ("Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia - Recop. de la Sala de Cas. Civ., José R, Duque Sánchez, p. 184).
7. C. de Cas, en Sala Civ., Merc. y del Trab., sent. de 4-XII-51 (Gac. For. 1ª et. N° 9, pp. 504 y 505) y de 27-1-54 (Gac. For., 1ª et., N° 3, pp. 312-313).

7° Obsérvese; por último, que la norma del artículo 767 del Código Civil de 1942 *no equiparaba el concubinato con el matrimonio regido por el sistema de la comunidad legal*, ya que el concubino a diferencia del cónyuge no podía reclamar nada sin probar su contribución de trabajo y la relación de causalidad (directa o indirecta) entre ésta y la formación o aumento del patrimonio del otro concubino, y aun entonces no participaba sino precisamente en esos bienes cuya adquisición fue obra del esfuerzo común.

II. LA REFORMA DE 1982

1° El legislador sustituyó el texto del artículo que comentamos por el siguiente:

> "Se presume la comunidad, salvo prueba en contrario, en aquellos casos de unión no matrimonial, cuando la mujer o el hombre en su caso, demuestra que ha vivido permanentemente en tal estado aunque los bienes cuya comunidad se quiere establecer aparezcan a nombre de uno solo de ellos. Tal presunción sólo surte efectos legales entre los dos y entre sus respectivos herederos y también entre uno de ellos y los herederos del otro. Lo dispuesto en este artículo no se aplica si uno de ellos está casado" (C.C. art. 767).

2° El nuevo texto consagra una reforma profunda en cuanto a los supuestos de procedencia de la presunción, ya que no exige "la contribución de trabajo que haya contribuido a formar o a aumentar el patrimonio del otro concubino". Con ello, por cierto, se redujo apreciablemente la diferencia existente entre los efectos patrimoniales del concubinato y los efectos patrimoniales del matrimonio sometido al régimen legal de la comunidad conyugal de bienes sin llegar a equipararlos totalmente porque el artículo sólo establece una presunción *juris tantum* que no surte efectos sino entre las personas que indica; entre los concubinos y herederos así como entre cualquiera de los concubinos y los herederos del otro.

Por lo demás, aunque la Ley no lo diga expresamente, la presunción se refiere sólo a los bienes adquiridos durante el concubinato y sus subrogados.

3° El nuevo texto permite expresamente invocar la presunción tanto al hombre como a la mujer.

4° En cambio, no resuelve literalmente la duda que ya existía bajo el imperio del Código derogado, acerca de si la norma comprende las uniones no matrimoniales entre personas que tienen un impedimento dirimente para contraer matrimonio que no sea el "impedimento de vínculo", caso este último que expresamente queda excluido.

5° Tampoco resolvió expresamente el legislador de 1982 los problemas de aplicación de la ley en el tiempo que podrían plantearse con motivo de las reformas que introdujo, los cuales son análogos a los que en su día planteó la introducción del artículo 767 en el Código de 1942.

6° Debe tenerse en cuenta que la Constitución vigente prevé una reforma en la materia.

CAPÍTULO XXI

RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LA COMUNIDAD

INTRODUCCIÓN. DERECHOS Y DEBERES DE LOS COMUNEROS. RELACIONES OBLIGACIONALES DE LOS COMUNEROS FRENTE A TERCEROS. DERECHOS DE LOS ACREEDORES. ACCIONES PETITORIAS Y POSESORIAS EN LA COMUNIDAD

INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo trataremos del régimen jurídico de la comunidad tal como resulta de las *disposiciones generales* del Código Civil sin entrar a examinar el régimen que puede resultar del pacto entre los comuneros ni de las disposiciones del Código o de otras leyes que regulen algunas comunidades especiales.

DERECHOS Y DEBERES DE LOS COMUNEROS

I. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Las normas sobre los derechos y deberes de los comuneros se inspiran en los siguientes principios fundamentales:

1° Todos los comuneros tienen derechos cualitativamente iguales;

2° "El concurso de los comuneros, tanto en las ventajas como en las cargas de la comunidad, será proporcional a las respetivas cuotas" (C.C., art. 760, ap. único); y

3° Los derechos y los deberes de todos los comuneros *tienen igual energía*, salvo que se pruebe que las cuotas son desiguales, porque de acuerdo con la ley "la parte de los comuneros en la cosa común, se presume igual, mientras no se pruebe otra cosa" (C.C., art. 760, encab.).

En cambio, en nuestro criterio, no puede considerarse como principio fundamental en la materia, la afirmación de que el objeto de la propiedad de los comuneros es la cuota. En efecto, aun cuando el Código Civil estatuye que "cada comunero tiene la plena propiedad de su cuota" (C.C. art. 765, 1ra. disp.), la misma ley confiere a los comuneros facultades sobre la cosa común que sólo se conciben como efecto de la copropiedad que se les reconoce sobre dicha cosa común.

II. SISTEMÁTICA

Por motivos principalmente didácticos estudiaremos los derechos y deberes de los comuneros desde el ángulo de los derechos ya que los deberes son correlativos a aquéllos. A su vez y por motivos análogos, dividiremos los derechos de los comuneros, en derechos sobre sus cuotas y derechos sobre la cosa común.

III. DERECHOS DE LOS COMUNEROS SOBRE SUS CUOTAS

De acuerdo con la ley "Cada comunero tiene la plena propiedad de su cuota y de los provechos o frutos correspondientes" (C.C., art. 765, 1ra. disp.). Se manifiesta así la concepción individualista de la copropiedad en cuanto a las cuotas y a sus provechos o frutos. El primer derecho puede *denominarse libre disposición de las cuotas* y el *segundo derecho de disfrute*.

1° En cuanto al derecho de disfrute, o sea, de percibir los "provechos o frutos correspondientes" bien podría haber sido referido no a las cuotas sino a la cosa común que es la que realmente produce esos provechos o frutos; pero en todo caso lo importante es que el legislador atribuye éstos, en la proporción que corresponda a su cuota, *a cada comunero*

aisladamente considerado. Así, por ejemplo, si la cosa común produjera 500 mil bolívares por concepto de arrendamiento, esa suma no estaría en comunidad entre los partícipes sino que a cada uno le correspondería la propiedad exclusiva de la suma proporcional a su cuota.

Sin embargo el legislador no previó la hipótesis de que los provechos o frutos no fueran de fácil división, caso en el cual evidentemente quedan en comunidad, sujetos eventualmente al procedimiento sustitutivo de la división. Así, por ejemplo, si una pareja de caballos que pertenece en copropiedad y por partes iguales a tres personas, procrea un potro, éste pertenecerá en copropiedad y por partes iguales a aquellas tres personas, cualquiera de las cuales podrá pedir, si así lo desea, que se venda la cría y se reparta el precio obtenido entre los partícipes.

Un problema especial puede surgir cuando existiendo un administrador, éste invierta los provechos o frutos de la cosa sin estar facultado para ello. La solución probablemente más exacta es que si procedió como gestor de negocios la inversión pertenece a los participantes y, caso contrario, al administrador quien a su vez deberá responder a los comuneros por la indebida inversión hecha.

2° En lo que respecta a *la libre disposición de las cuotas* el legislador expresamente declara que cada comunero "puede enajenar, ceder o hipotecar libremente su cuota y aun sustituir a otras personas en el goce de ellas, a menos que se trate de derechos personales; pero no puede cercar fracciones determinadas de terreno común ni arrendar lotes del mismo a terceros" (C.C., art. 765, 2ª disp.).

Sin embargo el efecto de la enajenación o hipoteca de una cuota "se limita a la parte que le toque al comunero (enajenante o constituyente de la hipoteca) en la partición" (C.C., art. 765, 3ra. disp.).

A) En realidad esa libre disposición de la cuota *no debe ser interpretada como una consecuencia de que la cuota es de su plena propiedad*, frase del legislador que no debe ser tomada literalmente toda vez que la propiedad no puede recaer en la cuota porque ésta carece de la entidad necesaria para ser objeto de un derecho de propiedad ya que no es sino

una medida de la participación del comunero en la propiedad de la cosa común y, por lo tanto, de su concurso tanto en las ventajas como en las cargas de la comunidad. Lo que ha consagrado el legislador es un poder sobre la cuota perteneciente al comunero con el correlativo deber de respeto a cargo de los demás partícipes y con efectos limitados en definitiva a la parte material que se le adjudique al comunero al producirse la partición. Esta última salvedad, por lo demás, no es sino consecuencia del efecto retroactivo que, como hemos visto, tiene la partición debido a la naturaleza declarativa que le atribuye el legislador.

B) En virtud de *la libre disposición de su cuota*, el comunero puede enajenarla y constituir gravámenes sobre ella.

a) El comunero puede *enajenar* libremente su cuota a cualquier título (por ejemplo: por donación, venta, permuta, dación en pago, etc.). Sólo debe tenerse en cuenta que si la enajena por venta o dación en pago a persona extraña a la comunidad cada uno de los comuneros tiene el derecho de *retracto legal* en virtud del cual puede subrogarse al adquirente con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, a menos que la cosa pueda dividirse cómodamente o sin menoscabo (C.C., art. 1546). Dicho sea de paso, el ejercicio del mencionado derecho de retracto legal no impide la enajenación sino que tiene el efecto de cambiar la persona del adquirente: en vez del extraño, adquiere el comunero retrayente[1].

b) Asimismo, el comunero puede *gravar* su cuota libremente. A este respecto, conviene examinar brevemente la posibilidad de que constituya sobre la misma usufructo, hipoteca y servidumbre sin que con ello se descarte la posibilidad de que pueda gravarla de otra manera (por ejemplo: con prenda).

a') En caso de constituirse usufructo sobre la cuota es importante observar que el usufructuario naturalmente no adquiere la cualidad de nudo propietario y que por tanto no puede ingerirse en la administración de la cosa común ni pedir partición. El usufructo de la cuota se limita al

1. La C.S.J., en Sala de Cas.; Civ. Merc. y Trab. sent. de 3-X-74 (R. & G., vol. XLV, p. 345) expresamente calificó de derecho real al derecho de retracto.

"goce" mientras que las cargas inherentes a la condición de comunero no se transmiten al usufructuario, salvo que exista pacto en contrario.

b') La posibilidad de *hipotecar* la cuota, expresamente mencionada por la ley, presupone que el derecho del comunero sea inmobiliario si es que se trata de hipoteca inmobiliaria *y no puede ser ejercida aisladamente por cada comunero si se trata de hipoteca mobiliaria* como se verá en el curso de "Contratos y Garantías".

c') La situación en materia de servidumbres es diferente porque no se concibe el ejercicio de la servidumbre sobre la cuota sino sobre la cosa común. Sin embargo, si el comunero concede servidumbre sobre el predio común su acto no carece de consecuencias jurídicas. En efecto, en esta materia la ley dispone que:

> "La servidumbre concedida por un copropietario de un predio indiviso, no se reputa establecida y realmente eficaz, sino cuando los demás la han concedido también, juntos o separados.
>
> "Las concesiones hechas bajo cualquier título por los primeros quedarán siempre en suspenso hasta que el último las haya otorgado.
>
> "Sin embargo, la concesión hecha por uno de los copropietarios, independientemente de los demás, obligará al concedente y a sus sucesores y causahabientes, aunque sean singulares, *a no poner impedimento al ejercicio del derecho concedido.* Del mismo modo, *efectuada la partición*, la servidumbre tendrá toda su validez en lo que afecte a la parte del predio que se adjudique al concedente" (C.C., art. 723).

C) Por lo demás, como hemos visto, *los efectos de la disposición de la cuota* se limitan a la parte material que se adjudique al comunero en la partición.

En tal virtud, si en la partición de una comunidad que existía sobre varias cosas, no se adjudica al comunero ninguna parte de la cosa enajenada o gravada por él, la enajenación o gravamen quedan privados de toda eficacia.

Por otra parte, si la cosa es adjudicada totalmente al comunero que enajenó o gravó una cuota, los efectos de la enajenación o gravamen no se extienden más allá de sus límites iniciales.

IV. DERECHOS DE LOS COMUNEROS SOBRE LA COSA COMÚN

Los derechos de los comuneros sobre la cosa común pueden clasificarse en tres grupos según que correspondan individualmente a cada uno de ellos, a la mayoría o a la totalidad (unánime) de los partícipes.

1° Derechos que corresponden a cada comunero

"A) Cada *comunero puede servirse de las cosas comunes* con tal de que no las emplee de modo contrario al destino fijado por el uso, y de que no se sirva de ellas contra el interés de la comunidad, o de modo que impida a los demás comuneros servirse de ellas según sus derechos" (C.C., art. 761).

Como se observará este derecho tiene limitaciones legales tan amplias que, a falta de pacto entre los comuneros, casi queda desprovisto de contenido. Así la doctrina señala pocos ejemplos de uso lícito de la cosa común por parte de un comunero siendo frecuente indicar que cada uno de ellos puede cazar o pescar en el fundo común (lo que en ciertos casos particulares podría estar excluido o restringido por algunas de las limitaciones legales; por ejemplo: en consideración a intereses colectivos).

Ahora bien, *por acuerdo entre los comuneros* pueden adoptarse dos sistemas que permiten el uso de la cosa común por parte de cada comunero individualmente considerado. El primero de estos sistemas, llamado *sistema turnario*, consiste en atribuir el uso de toda la cosa a cada comunero por períodos ("turnos") sucesivos de duración proporcional a la cuota de cada uno de ellos. El otro sistema consiste en asignar a cada *comunero una parte material* de la cosa para que sobre ella pueda ejercer todas las facultades inherentes al uso de la cosa *sin que esta adjudicación signifique en forma alguna partición de la comunidad* puesto

que sólo se hace a los efectos del derecho de uso. En consecuencia, la división especial en orden al uso no libera al comunero de su obligación de contribuir al pago de los gastos comunes en proporción a su cuota ni lo priva de su facultad de intervenir en la defensa de sus intereses patrimoniales relativos a toda la cosa ni significa que ha aceptado que en caso de partición le sea adjudicado el mismo lote que se le ha asignado para su uso exclusivo.

En la mayoría de los casos, sin embargo, lo que ocurre es que los comuneros no ejercen el goce directo de la cosa sino que éste se sustituye por un procedimiento que permita distribuir proporcionalmente entre los partícipes los frutos civiles de la cosa común (por ejemplo, por el arrendamiento de la cosa a un tercero). En esta forma el uso viene a ser sustituido por el derecho de disfrute de que hemos tratado ya.

"B) Cada comunero tiene derecho a obligar a los demás a que contribuyan con su porción a los gastos necesarios para la conservación de la cosa común, salvo a éstos el derecho de libertarse de tal deber mediante el abandono de su derecho en la cosa común" (C.C., art. 762).

Como se deduce del texto, el derecho de cada comunero de obligar a los demás es correlativo del deber de éstos de contribuir proporcionalmente y del derecho de liberarse de tal deber mediante el abandono.

a) El mencionado derecho de exigir la contribución y el correlativo deber de contribuir, se refiere *a los gastos necesarios para la conservación de la cosa común*. Estos gastos son los que tienden a evitar el perecimiento o deterioro, de la cosa así como aquéllos sin los cuales la cosa dejaría de servir a su fin.

Siendo así, cualquier comunero puede efectuar el gasto sin ni siquiera consultar a los demás y luego exigir el correspondiente reintegro (salvo que exista pacto en contrario como es el caso de que se haya designado un administrador a quien se haya encomendado la función de erogar los "gastos necesarios").

En cambio, los gastos útiles[2] y los gastos suntuarios[3] quedan sometidos a un régimen diferente. Tales gastos constituyen, en efecto, erogaciones "para la administración y mejor disfrute de la cosa común" o "innovaciones" en ella, sujetas a reglas que veremos *infra*.

b) Ahora bien, el deber legal de contribuir proporcionalmente a los gastos necesarios constituye una *obligación "propter rem"*. En consecuencia, tal deber afecta a cualquier persona que se encuentre respecto de la cosa en la posición jurídica que señala la ley y se transmite o extingue con la transmisión o extinción de esa posición, procediendo por tanto la liberación en caso de que el comunero haga abandono de su derecho sobre la cosa[4]. Nace pues la obligación por el solo hecho de ser comunero, se transmite al adquirente si uno de los comuneros le transmite su derecho sobre la cosa[5] y se extingue si se extingue para la persona el carácter de comunero. Dentro de este último supuesto se encuadra el caso de abandono expresamente previsto por el legislador. Respecto del mismo debe observarse que el abandono es un acto unilateral y de disposición, irrevocable desde el momento en que es notificado a los demás comuneros y que no deja la cuota correspondiente como *res nullius* sino que, *ipso jure*, acrecienta proporcionalmente las cuotas de los demás comuneros (o si sólo hay otro, consolida en éste la propiedad).

En toda esta materia debe tenerse presente que, de acuerdo con la doctrina dominante, el comunero que ha aprobado expresa o tácitamente el gasto, ya no tiene una simple obligación *propter rem* sino una obligación personal de reembolsar la parte que le corresponde y por tanto queda sujeta a ella aunque transmita su condición de comunero o ésta se extinga (incluso por abandono).

---

2. Los gastos útiles —no siempre fáciles de diferenciar de los gastos necesarios— tienen el efecto de mejorar la cosa misma o su utilización, productividad o valor sin que sean requeridos para evitar el precimiento o deterioro de la cosa ni para mantenerla apta en orden a realizar su fin.
3. Los *gastos suntuarios o voluptuarios* responden a obras de ornato, no requeridas para conservar o mejorar la cosa ni para mejorar su utilización, productividad o valor.
4. Es válido el pacto entre comuneros por el cual se renuncia al derecho de abandono como fórmula para la liberación.
5. El adquirente puede convenir con el enajenante en que éste sea quien pague la contribución; pero este pacto no libera al adquirente frente a los otros comuneros.

C) Cuando se requiera mayoría, *si ésta no se forma o si el resultado de los acuerdos de la misma fuese gravemente perjudicial a la cosa común*, cada comunero tiene derecho de acudir al Juez para que éste tome "las medidas oportunas y aun nombrar, en caso necesario un administrador" (C.C., art. 764, últ. aparte).

D) Como se ha visto en el capítulo anterior al tratar de la duración de la comunidad, cada comunero *tiene derecho de pedir la partición de la cosa común* con las excepciones y limitaciones ya señaladas, aun cuando todos los demás comuneros sean opuestos a ella y por pequeña que sea la cuota de quien pida la partición.

E) Como se ha visto también *supra* al tratar de las enajenaciones de cuotas, cada comunero tiene el *derecho de retracto legal* que le permite subrogarse al extraño que adquiere un derecho en la comunidad por venta o dación en pago, con las condiciones estipuladas en el contrato, a menos que la cosa pueda dividirse cómodamente o sin menoscabo (C.C., art. 1546). El estudio detallado de este derecho, de acuerdo con los programas oficiales, se hace en el curso de Contratos y Garantías, a propósito de la venta.

2° Derechos que corresponden a la mayoría de los comuneros

A) Corresponde a la *mayoría decidir acerca de "la administración y mejor disfrute de la cosa común"* (C.C., art. 764, encab.), lo que se ha interpretado en el sentido de que corresponde a la mayoría decidir los actos de simple administración de la cosa común (pero no, los actos de disposición). Desde luego, esa mayoría puede ejercer sus derechos directamente o a través de uno o más administradores elegidos por ella.

B) La mayoría *se computa por intereses* y no por personas ya que según la Ley "No hay mayoría sino cuando los votos que concurren al acuerdo representan más de la mitad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad" (C.C., art. 764, ap. 1°).

C) Si en ejercicio de sus facultades la mayoría acordare un gasto útil, todos los comuneros estarán obligados a contribuir proporcionalmente al mismo (salvo su facultad de acudir al Juez en caso de considerar el acuerdo como gravemente perjudicial a la cosa común) y sin poder liberarse de ese deber mediante el abandono de sus derechos en la cosa común. En cambio, si uno solo de los comuneros (sin el consentimiento o encargo de la mayoría) realiza el gasto útil no puede pedir simplemente el reembolso a los demás, aun cuando creemos en contra de la autorizada opinión de Kummerow, que puede accionar a los demás por enriquecimiento sin causa en el entendido de que habrá de tomarse en cuenta la proporción en la cual él mismo se enriqueció como comunero que era.

D) Para evitar "puntos muertos" y abusos contra la minoría, la ley, como hemos dicho, faculta a la autoridad judicial "para tomar las medidas oportunas y aun nombrar, en caso necesario, un administrador... tanto si no llega a formarse la mayoría como si el resultado de los acuerdos de la misma fuese gravemente perjudicial a la cosa común" (C.C., art. 764, últ. aparte).

E) Esta reglamentación del Código Civil acerca de los actos de administración de la cosa común hace que *en Venezuela* la administración de la comunidad tenga una agilidad de la que carece en Francia y en los países que han conservado las reglas napoleónicas en la materia.

3° Derechos que sólo corresponden a la totalidad (unánime) de los comuneros

A) "Ninguno de los comuneros podrá hacer innovaciones en la cosa común, aunque reporte a todos ventaja, si los demás no consienten en ello", salvo lo dispuesto en el artículo 764 del Código Civil que, como acabamos de ver, se refiere a los actos que tienen por objeto la administración y mejor disfrute de la cosa común (C.C., art. 763). En consecuencia, las innovaciones que excedan de ese límite requieren la unanimidad de los comuneros.

B) También se requiere la unanimidad de los comuneros para enajenar o gravar la cosa común y en general para realizar respecto de ella cualquier acto de disposición, lo que conduce a situaciones indeseables cuando una minoría insignificante se opone a esas medidas en perjuicio de la mayoría.

La enajenación de la cosa común por parte de uno solo de los comuneros (sin mandato de los demás), plantea una problemática que debe ser resuelta a la luz de las normas que regulan la venta de la cosa ajena las cuales a su vez se estudian en el curso de Contratos y Garantías.

RELACIONES OBLIGACIONALES DE LOS COMUNEROS FRENTE A TERCEROS

Si uno o más comuneros contratan con terceros, los derechos y deberes resultantes no corresponden en ningún caso a la comunidad como tal, ya que ésta carece de personalidad jurídica sino que corresponden al comunero o a los comuneros contratantes en el entendido de que, en este último caso, no existe solidaridad entre dichos partícipes, salvo que se pacte expresamente. Es obvio por lo demás que cuando un comunero actúa en nombre propio y además ejerciendo la representación que otros le han conferido, el contrato se considera celebrado tanto por el comunero que actúa en su propio nombre como por los comuneros representados.

DERECHOS DE LOS ACREEDORES

Dado que los acreedores de los comuneros pudieran resultar perjudicados por la partición según sean los términos en que se la realice, la ley les da dos derechos en la materia (C.C., art. 766).

I. Pueden *intervenir en la partición* para hacer valer sus derechos mientras la partición no se haya consumado. En el ejercicio de este derecho pueden llegar hasta a oponerse a que se efectúe la partición antes de que se encuentren satisfechas sus acreencias y en tal caso, el comunero para hacer cesar la oposición puede dar caución o garantía suficiente.

II. Los acreedores pueden *impugnar la partición ya consumada*; pero sólo en dos casos:

1° Cuando haya habido fraude, y

2° Cuando la partición se haya realizado a pesar de su formal oposición.

ACCIONES PETITORIAS Y COMUNIDAD

El comunero puede, en principio, ejercer en protección de su derecho todas las acciones petitorias establecidas en defensa de la propiedad tanto frente a terceros como frente a otros comuneros[6].

Sin embargo, el ejercicio de la acción reivindicatoria por parte de un comunero contra otro ha dado origen a especiales consideraciones doctrinarias. Así se ha dicho que si entre comuneros se otorgara a la reivindicación los efectos que le corresponden en caso de ejercerla un propietario singular, la reivindicación representaría una negación de los derechos de los demás partícipes ya que la acción reivindicatoria tiene por efecto normal obtener un pronunciamiento judicial que ordene la restitución de la cosa al reivindicante y evidentemente semejante restitución a uno solo de los comuneros implicaría la negación del derecho que corresponde a los demás[7].

Por tales razones la doctrina ha eludido calificar de reivindicatoria la acción dirigida a no exigir la totalidad de la cosa sino el reconocimien-

---

6. Así sentenció la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo el 15 de diciembre de 1953 (Gac. For., 2ª Et., N° 2, pp. 502), que: "Si para ejercer una acción se requiere la cualidad de propietario no es indispensable que tal carácter sea exclusivo; entre la copropiedad y la propiedad individual o exclusiva no existe diferencia sustancial sino de cantidad, de cuota parte disponible; tan propietario es uno como el otro el simple término de copropiedad así lo indica: propietario junto con otro u otros. El comunero es propietario y no puede desconocerse tal cualidad para ninguno de los actos en que ésta sea requerida, en juicio o fuera de él".
7. A esta doctrina alude sin acogerla la Cte. de Cas., Sala Civ. Merc. y Trab., sent. de 7-VIII-57 (Gac. For., 2ª et., N° 17, pp. 223 y ss.). Anteriormente habían negado la procedencia de la reivindicación entre comuneros por otras razones: Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. del Edo. Miranda, sent. de 2-VII-52 (J.T.R., Vol. 11, pp. 125) y Juzg. Sup. de la IX Circ. Jud., sent. de 21-III-58 (J.T.R., Vol. VII, Tomo 1, pp. 429).

to de que el demandante tiene una cuota y de que, por ende, no puede ser excluido de la posesión de la cosa. Incluso se ha afirmado que tal acción no puede tener otros efectos que los de una acción declarativa de derechos[8], lo que nos parece inaceptable porque es necesario restituir su coposesión de la cosa al comunero desposeído y este efecto excede de los límites de las acciones de mera declaración.

En cambio, ningún problema presenta la acción reivindicatoria cuando es ejercida por los comuneros contra los extraños a la comunidad[9].

ACCIONES POSESORIAS Y COMUNIDAD

I. PRINCIPIO FUNDAMENTAL

Normalmente los comuneros son al propio tiempo coposeedores y, por ende, en principio, tienen la cualidad necesaria para defenderse judicialmente mediante acciones posesorias, especialmente a través de los interdictos de amparo y de restitución. Sin embargo, en la materia se presentan problemas que varían cuando las acciones se intentan "entre comuneros" o frente a terceros.

8. En este sentido, C. Cas. Sala de Cas. Civil, Merc. y Trab., sent, de 7-VIII-57 (Gac. For. 2ª et., Nº 17, p. 223 y ss.), aunque arguye que en el caso concreto el demandante sólo había pedido la declaración de su derecho, por lo que no se trataba de una verdadera acción reivindicatoria. Posteriormente en igual sentido: Juzg. Sup, del Edo. Guárico, sent. de 17-VII-7 (J.T.R, Vol. XV, p. 103).

9. Pero la acción reivindicatoria ejercida exclusivamente en nombre propio por un solo comunero contra terceros ha sido declarada improcedente por algunos fallos (Juzg. 2° de la. Inst. en lo Civ., Merc. y del Trab. de la Circ. Jud. del Edo. Guárico, sent. de 24-XI-72 J.T.R., Vol. XX pp. 348-50 y C.S.J., Sala de Cas. Civ., sent. de 30-XI-82; R. & G., Vol. LXXX, pp. 420-21), aunque un viejo fallo de Casación la había declarado procedente porque consideraba que sin duda un comunero tenía mejor derecho sobre la cosa que un tercero (C.F.C. Sala de Cas., sent. de 29-X-34; Mem. de la C.F.C., 1935, p. 428).

II. LOS INTERDICTOS DE AMPARO Y DE RESTITUCIÓN ENTRE COMUNEROS

1° Es relativamente frecuente que la conducta de uno (o más) de los comuneros pueda encuadrarse dentro del supuesto de perturbación posesoria o despojo de otro (u otros) de los comuneros.

Aun cuando la ley no lo establezca expresamente ni al tratar de la materia interdictal ni al regular la comunidad, el principio, como hemos visto, es que así como el copropietario puede ejercer las acciones petitorias correspondientes a la propiedad, el coposeedor puede intentar las acciones posesorias[10].

2° El mencionado principio no ofrece dificultades de aplicación en materia del interdicto de despojo[11]; pero sí en materia del interdicto de amparo por cuanto en éste es necesario que el actor sea poseedor legítimo. En efecto, se alega que la posesión legítima debe ser inequívoca, y que, en cambio, entre comuneros "por el hecho de la promiscuidad en que viven disfrutando de la cosa común" la posesión es equívoca.

Al respecto tiene decidido la Casación que "habiéndose planteado también en la formalización la cuestión de la improcedencia de las acciones posesorias entre comuneros, la Corte deja establecido, como en anteriores decisiones, que un comunero sí puede intentar acción interdictal contra otro comunero, al menos entre un comunero coposeedor actual frente a un pretendido comunero, o frente a la persona que se pretenda comunera, porque la equivocidad entre los comuneros coposeedores por el hecho de la promiscuidad en que viven, disfrutando de la cosa común, no existe frente a un pretendido comunero no poseedor"[12].

---

10. En sentido afirmativo: Juzg. Sup. 7° en lo Civ. y Merc. de la Circ., Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 26-V-86 (R. & G., Vol. XCV, pp. 130-1. En sentido opuesto: Juzg. Sup. 3° en lo Civ. y Merc. de la misma Circ., sent. de 2-II-86 (R. & G., Vol. XCIV, pp. 48-51).
11. Véase, por ejemplo, C.S.J., Sala de Cas. Civ. Merc. y Trab., sent. de 28-X-71 (R. & G., Vol. XXXII, pp. 52~1).
12. C.F. y C., Sala de Cas., sent. de 22-VII-49 (Gac. For. N° 2, p. 389) y Cte. de Cas., Sala Cas. Civ., Merc. y Trab., sents. de 3-VI-59 (Gac. For. N° 24, 2ª et., pp. 214-5) y de 23-VI-59 (Gac. For. N° 24, et., p. 285) de la cual se ha tomado el texto citado. Esta doctrina ha sido acogida entre otros por Juzg. Sup. 1° en lo Civ., Merc. y del Trab. de la Circ. Jud. del Edo. Zulia, sent.

III. LOS INTERDICTOS DE AMPARO Y DE RESTITUCIÓN FRENTE A TERCEROS

El comunero puede intentar sin ningún obstáculo los interdictos de amparo y de restitución frente al tercero que lo perturbe en su posesión o lo despoje de ella.

---

de 29-X-62 (J.T.R., Vol. X, p. 341) y Juzg. Sup. 6° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda (R. & G., Vol. XLVIII, pp. 118-9) en un caso complejo.

CAPÍTULO XXII

INTRODUCCIÓN. INDIVISIÓN FORZOSA. MEDIANERÍA. COPROPIEDAD DIVIDIDA. DERECHO DE SUPERFICIE.

INTRODUCCIÓN

El presente Capítulo trata de la indivisión forzosa y perpetua que es una clase especial de comunidad, y luego de dos figuras jurídicas que tienen cierta semejanza con la comunidad, pero que no son comunidades: la copropiedad dividida y el derecho de superficie.

INDIVISIÓN FORZOSA Y PERPETUA

I. CONCEPTO

Existe indivisión forzosa cada vez que los comuneros carecen del derecho de pedir partición (totalmente o casi totalmente). Puede suceder que el obstáculo para dicha partición sea temporal, pero también puede ocurrir que no tenga límite de duración.

En ambos casos puede decirse que existe una indivisión forzosa, temporal en un caso y perpetua en el otro. Sin embargo, muchos autores reservan el nombre de la indivisión forzosa para el caso de la indivisión forzosa perpetua.

II. ESPECIALIDAD

En todos los casos de indivisión forzosa perpetua (o dicho más brevemente, de indivisión perpetua), rigen normas especiales, aparte de que se niegue a los comuneros el derecho a la partición:

1° Los derechos individuales de los comuneros sobre la cosa común son más extensos de lo que corresponde al régimen de la comunidad ordinaria; y

2° La cuota en la cosa común es *inseparable* de otro derecho de propiedad al cual se halla vinculado de tal manera que: A) Cada vez que se enajena o grava esa propiedad la cuota queda comprendida en la enajenación o gravamen, y B) El comunero no puede enajenar o gravar la cuota separadamente de la propiedad de referencias.

III. PRINCIPALES CASOS

Los principales casos de indivisión forzosa son los siguientes:

1° La propiedad de las cosas comunes a todos o a una parte de los apartamentos bajo régimen de la propiedad horizontal que estudiaremos en el próximo capítulo.

2° La propiedad sobre las cosas medianeras o medianería que estudiaremos más abajo, y,

3° De acuerdo con la doctrina francesa, toda comunidad en que por un estado de hecho o por un convenio ciertas cosas quedan afectadas al uso común de dos o más inmuebles pertenecientes a distintos propietarios. Así, puede ocurrir, por ejemplo, con callejuelas de acceso, patios o pozos comunes.

Es cierto que en nuestro Derecho resulta difícil admitir la indivisión perpetua *derivada de convenios* en virtud de lo dispuesto por el artículo 768 del Código Civil; pero no lo es tanto admitir tal indivisión cuando resulta de *estados de hecho*, ajenos a la voluntad de las partes. En todo caso, se ha discutido mucho acerca de la naturaleza de la situación arriba descrita. En una época, se sostuvo que no había allí comunidad alguna que pudiera estar sujeta a indivisión sino que se trataba de servidumbres recíprocas, concepción desechada hoy en día porque ni se puede distinguir entre el fundo dominante y el fundo sirviente ni se cumple el requisito de

que la servidumbre activa esté constituida sobre fundo ajeno. Desechada esa tesis, la doctrina actual suele sostener que las cosas en cuestión se encuentran en una indivisión perpetua, lo que implica que los diferentes derechos no se extinguen por el no uso y que tienen todos los demás caracteres de la copropiedad, salvo la facultad de pedir partición.

MEDIANERÍA

I. CONCEPTO

Se entiende por medianería la copropiedad de aquellos elementos de la cosa que se encuentran en los linderos del fundo (paredes, cercas, setos, etc.).

II. NORMAS RECTORAS

La medianería se rige por las normas contenidas en el correspondiente parágrafo del Código Civil (3° del Capítulo II, Título III, Libro II, arts. 684 y 699), y por las ordenanzas y usos locales, en cuanto no se le opongan o no esté previsto en él (C.C., art. 684).

III. PRESUNCIONES

1° El Código Civil establece las siguientes *presunciones de medianería*:

A) *Mientras no haya un título o signo exterior que demuestre lo contrario*, se presume la medianería; a) "En las paredes divisorias de los edificios contiguos, hasta el punto común de elevación" (C.C., art. 685, ord. 1°); b) "En las paredes divisorias de los jardines o corrales sitos en poblado o en el campo" (C.C., art. 685, ord. 2°); c) "En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos" (C.C., art. 685, ord. 3°); y d) "En las zanjas abiertas entre las heredades" (C.C., art. 688).

El *título* a que se refiere la ley es todo hecho jurídico que determine la propiedad exclusiva de uno de los colindantes y el *signo exterior* podría consistir, por ejemplo, en la existencia de una ventana abierta en el muro limítrofe[1].

B) También se presume la medianería "En los árboles que se hallen en la línea divisoria entre las propiedades" (C.C., art. 699, ap. 1°).

C) "Los árboles que crecen en el seto medianero son comunes" (C.C., art. 699), lo que también *parece* ser una presunción *juris tantum*.

2° A su vez, también se establecen en el Código *presunciones de "no medianería"*:

A) Cuando conocidamente se hallare estar construida toda la pared sobre el terreno de una de las fincas, se reputa la pared propiedad exclusiva del dueño de aquel terreno (C.C., art. 686), y

B) Cuando haya una heredad defendida por todas partes por paredes, vallados o setos vivos, y las contiguas no se encuentren cerradas ni aparezcan haberlo estado, se presume que las paredes, vallados o setos vivos pertenecen exclusivamente a la heredad que se halle defendida por ellos de todos lados (C.C., art. 687).

IV. CONSTITUCIÓN COACTIVA DE LA MEDIANERÍA

1° Si uno de los propietarios ha dado mayor elevación o profundidad a la pared medianera, los demás propietarios que no hayan contribuido a ello, "podrán, sin embargo, adquirir en la mayor altura y espesor dados los derechos de medianería, pagando proporcionalmente su importe y el del terreno sobre el cual se la hubiera dado mayor espesor" (C.C., art. 691).

---

1. Juzg. 2° de 1ª Inst. en lo Civ. de la I Circ. Jud., sent. de 21-III-56 (J.T..R., vol. V, p. 652) que además precisa que al menos las presunciones establecidas en el art. 685 C.C. no caen sino mediante la prueba de un título o de un signo exterior que demuestren lo contrario.

2° Todo propietario contiguo a una pared tiene también la facultad de hacerla medianera con tal que la haga en toda la extensión de su propiedad, pagando al propietario de la pared la mitad del valor de la parte que hace medianera y la mitad del valor del terreno sobre el cual se ha construido la pared; y con la obligación de hacer efectuar los trabajos necesarios, para no causar ningún perjuicio al vecino (C.C., art. 692, encab.).

La anterior disposición "no es aplicable a los edificios destinados a uso público" (C.C., art. 693, ap. único).

V. DERECHOS Y DEBERES DE LOS MEDIANEROS SOBRE LA COSA COMÚN

1° La reparación y reconstrucción de las paredes medianeras, y el mantenimiento de los vallados, setos vivos y zanjas, también medianeros, se costearán por todos los dueños que tengan a su favor esta medianería, en proporción al derecho de cada uno (C.C., art. 689).

2° Cada propietario puede compeler a su vecino a contribuir a los gastos de construcción o reparación de las paredes que separan sus casas respectivas, patios, jardines y corrales, situados en las ciudades y poblaciones (C.C., art. 695, encab.). La altura de estas paredes se determinará por los reglamentos locales y, a falta de reglamentos o de convención, toda pared divisoria entre vecinos, que se haya de construir en lo por venir a expensas comunes, tendrá tres metros de altura (C.C., art. 695, ap. único).

3° Cuando en las ciudades y poblaciones una pared separe dos terrenos situados naturalmente en planos diferentes, el propietario del predio superior debe hacer él solo los gastos de construcción y de reparación de la pared hasta la altura de su suelo; pero la pared del muro que se eleve del piso superior hasta la altura indicada en el artículo precedente (véase el ordinal anterior), se construirá y reparará a expensas comunes (C.C., art. 696).

4° Cada propietario de una pared medianera podrá usar de ella en proporción al derecho que tenga en la comunidad. Podrá, por tanto, edificar su obra apoyándola en la pared medianera o introduciendo vigas, sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros (C.C., art. 693, encab.).

Para usar de este derecho ha de obtener previamente el medianero el consentimiento de los demás interesados en la medianería; y, en caso de negativa, deberán arreglarse, por medio de peritos, las condiciones necesarias para que la nueva obra no perjudique los derechos de aquéllos (C.C., art. 693, ap. único).

5° No se puede poner contra una pared medianera ninguna acumulación de basura, tierra, estiércol u otras materias semejantes (C.C., art. 694).

6° Todo propietario puede alzar la pared medianera, haciéndolo a sus expensas e indemnizando los perjuicios que ocasione la obra aunque sean temporales (C.C., art. 690, encab.).

Pero además de los perjuicios,

Serán igualmente de su cuenta las obras de conservación de la pared, en la que ésta se haya levantando o profundizado respecto de como estaba antes; y además la indemnización de los mayores gastos que haya que hacer, para la conservación de la pared medianera, por razón de la mayor altura o profundidad que se le haya dado (C.C., art. 690, ap. 1°).

Si la pared medianera no puede resistir la mayor elevación, el propietario que quiera levantar la pared tendrá la obligación de reconstruir a su costa la pared medianera; y si para ello fuere necesario darle mayor espesor, deberá darlo de su propio suelo (C.C., art. 690, últ. ap.).

7° Cada uno de los propietarios tiene derecho a pedir que se corten los árboles que crecen en el seto medianero (C.C., art. 699, encab.).

8° Los árboles que sirven de linderos o forman parte de una cerca, no se pueden cortar, sino de común acuerdo, o cuando la autoridad judicial haya declarado la necesidad o la conveniencia de cortarlos (C.C., art. 699, últ. ap.).

COPROPIEDAD DIVIDIDA

I. A veces se dice que hay copropiedad dividida (*communio divisa*) cuando varias personas son propietarias exclusivas de distintas cosas cuyo conjunto constituye una unidad económica. Tal sería el caso de que una persona fuera propietaria de la locomotora y otras propietarias de cada uno de los distintos vagones que forman un tren. Pero, como se señaló al definir la comunidad en ese caso no existe comunidad o copropiedad puesto que el derecho de cada quien recae sobre un objeto distinto y las peculiaridades que pudieran resultar de la reunión de los diversos objetos derivarían de un eventual pacto entre los diferentes dueños.

II. En otro sentido, se dice que hay copropiedad dividida cuando dos o más personas tienen derecho cada una de ellas, de obtener distintos provechos de la misma cosa. Así ocurriría, por ejemplo, si en un fundo sembrado de caoba y de apamates, una persona tuviera derecho de explotar la caoba y otra los apamates.

1° Dentro de la situación antes indicada pueden darse, por lo menos, tres casos diferentes:

A) Puede ocurrir que el derecho de una persona constituya un derecho de usufructo o de uso y el de la otra un derecho de propiedad gravado por dicho usufructo o uso.

B) Puede suceder que el derecho de una persona constituya una servidumbre y el de la otra, un derecho de propiedad gravado por esa servidumbre. Y,

C) Puede suceder que ambas personas retiren distintos proventos de la cosa a título de propietario.

2° Ahora bien, como en los dos primeros casos, los derechos de las personas envueltas son derechos reales diferentes, de distinto contenido, es evidente que en ninguna de las dos hipótesis puede existir "copropiedad" o "comunidad" sino "simple coexistencia de derechos" (Ver Cap. XX, Concepto de Comunidad, II).

En cambio, en el tercer caso es necesario hacer una nueva distinción.

A) Si existen dos (o más) copropietarios de la cosa que han convenido dividirse, su derecho de uso y disfrute de la cosa común, en la forma arriba indicada, lo que ocurre es que simplemente se trata de una comunidad donde los interesados han hecho uso de su facultad de regular convencionalmente su derecho de uso y disfrute (Ver Cap. XXI, "Derechos y Deberes de los Comuneros", IV, 1°, A). Y,

B) Si se pretende sostener que los dos propietarios tienen sobre la misma cosa, un derecho de propiedad que faculta a uno de ellos para retirar de la cosa un determinado provento y al otro un provento diferente, en realidad, nos hallamos frente a una vieja institución germánica que, según creemos, colide con los principios generales de nuestro Derecho.

DERECHO DE SUPERFICIE

I. CONCEPTO

Se suele decir que el derecho de superficie es el derecho de propiedad que tiene por objeto aquello que estando incorporado al suelo *emerge* de él. Ese derecho sería completo cuando comprendiera todo lo que emerge de un suelo dado e incompleto, caso contrario.

En realidad, *lo esencial* es que el propietario superficiario es propietario de cosas incorporadas al suelo sin ser propietario del suelo mismo. Normalmente aquellas cosas "emergerán" de suelo y de allí el nombre del derecho; pero nada obsta para que la misma situación se presente respecto de cosas que no emergen del suelo, como por ejemplo, las construcciones subterráneas.

II. ADMISIÓN EN NUESTRO DERECHO

La existencia del derecho de superficie en nuestro ordenamiento jurídico está reconocida implícitamente en nuestro Código Civil, cuando

establece que: "Toda construcción, siembra, plantación u otras obras sobre o debajo del suelo se presume hecha por el propietario a sus expensas, y que le pertenece, *mientras no conste lo contrario*" (C.C., Art. 555). En consecuencia, es perfectamente posible que se pruebe tanto que la "obra" en cuestión no fue hecha por el propietario del suelo a sus expensas como que no le pertenece, de donde se deduce que es perfectamente posible que en el suelo que es propiedad de una persona exista una "obra" que sea propiedad de otra.

La conclusión, que quizás sorprenda a alguien cuando se expresa en los términos expuestos, es sin embargo pacíficamente admitida cuando se la expresa en los términos de que tal o cual persona sólo es dueña de las "bienhechurías" de un terreno.

III. NATURALEZA

No obstante algunas opiniones en contrario, el derecho de superficie no constituye una "desmembración" de la propiedad (como solía calificarse al usufructo o al derecho de uso), sino un verdadero y pleno derecho de propiedad sobre un objeto que ha sido delimitado espacialmente en una forma relativamente poco usual. Siendo pues el derecho de superficie un derecho de propiedad sobre un objeto *distinto* del suelo no existe comunidad entre el propietario de éste y el superficiario, y siendo el derecho de superficie un verdadero *derecho de propiedad sobre algo incorporado al suelo*, no se extingue por el simple no uso; puede adquirirse por todos los medios de adquisición de la propiedad en cuanto sean compatibles con su naturaleza y constituye un bien inmueble susceptible de hipoteca.

IV. PRINCIPALES CASOS

El derecho de superficie suele existir en dos hipótesis:

1° En el caso muy poco frecuente de que el propietario del suelo y de lo que le está incorporado, enajena el objeto incorporado reservándose la propiedad del suelo, y

2° Cuando el propietario de un terreno que nada tiene incorporado, confiere a otra persona un derecho real o personal que la faculta para realizar alguna obra sobre o debajo del suelo (construcción, siembra, etc.), sin que el propietario de éste se haga, al menos inmediatamente, propietario de la obra.

V. EL PROBLEMA BÁSICO DE SU REGULACIÓN

El problema básico de la regulación del derecho de superficie consiste en delimitar los derechos que respectivamente corresponden al propietario del suelo y al propietario superficial. Una fórmula usual en otros ordenamientos jurídicos consiste en decir que el propietario del suelo conserva la propiedad del "subsuelo" con el correspondiente derecho al tesoro y que el superficiario tiene todos los demás derechos que implica la propiedad siempre que su ejercicio no obste ni perjudique el derecho que conserva el propietario del suelo. Es evidente que dicha fórmula resulta bastante imprecisa.

CAPÍTULO XXIII

PROPIEDAD HORIZONTAL (INICIO)

INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. DENOMINACIÓN. CARACTERISTICA ESENCIAL. AMBITO MATERIAL. REGULACION. CAMPOS DE ESTUDIO. APARTAMENTOS O LOCALES. COSAS SUSCEPTIBLES DE PROPIEDAD EXCLUSIVA QUE NO SON APARTAMENTOS NI LOCALES. COSAS PRIVATIVAS. LAS COSAS COMUNES.

INTRODUCCIÓN

Para aprovechar plenamente las ventajas de la propiedad horizontal se requieren condiciones favorables de diversa índole, especialmente, psico-sociales, arquitectónicas, urbanísticas y financieras[1]; *pero también jurídicas*. En este aspecto, hoy en día, la propiedad horizontal requiere de normas especiales de dos clases: unas que resuelvan ciertos problemas que le son intrínsecos y otras que resuelvan los problemas que plantea de manera especial la venta de apartamentos. Estos últimos son *propios del desarrollo* de la propiedad horizontal y en especial de las situaciones que se crean cuando llegan a unirse las presiones propias de la escasez de viviendas (y otros locales), con una oferta masiva y pública de apartamentos.

Grosso modo podría decirse que las normas requeridas por los problemas intrínsecos de la institución son reguladoras de derechos reales, mientras que las demás normas que actualmente se requieren en

---

1. Aguilar Gorrondona, José Luis, "Comentarios a la Ley de Propiedad Horizontal de 1978", pp. 15 y ss.

la materia se refieren a *los contratos* que tienen por objeto apartamentos u otras partes de los inmuebles sometidos al régimen de la propiedad horizontal, materia propia de otro curso de Derecho Civil.

Así pues, *ahora sólo nos corresponde estudiar las normas jurídicas sobre propiedad horizontal en materia de los derechos reales*. Éstos, como se ha dicho, versan sobre los problemas intrínsecos de la institución, los cuales, a su vez, pueden resumirse así:

1° La propiedad horizontal supone la coexistencia de *cosas de propiedad exclusiva y de cosas comunes*, de modo que es necesario comenzar por distinguirlas netamente porque A) unas y otras están sometidas a distintas normas y B) no siempre es fácil diferenciarlos ya que son partes de un mismo todo.

2° *El grado de proximidad de las relaciones de vecindad* entre las distintas propiedades que existen en el Edificio, *unida al hecho de que tales relaciones tienden a ser perpetuas*, o al menos de larga duración, exige una regulación especial ya que las normas de Derecho común, resultan insuficientes.

3° *La importancia de las cosas comunes dentro del sistema total* obliga a dejar de lado las normas de la comunidad ordinaria para regular las respectivas comunidades con ojos de favor y dentro del esquema de las indivisiones forzosas perpetuas que:

A) Prevea la inseparabilidad entre la propiedad del apartamento y la cuota en las cosas comunes;

B) Limite drásticamente el derecho a pedir la partición de éstas y;

C) Cree un régimen de administración de cosas comunes mucho más ágil y estructurado que el régimen ordinario.

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

I. Desde hace siglos aparecieron normas rudimentarias sobre propiedad horizontal en algunas regiones o ciudades francesas (en especial, en

Grenoble y Rennes). En el siglo pasado, el Código Napoleónico dedicó a la materia dos artículos (que hoy están derogados). A su vez, nuestro Código de 1922 introdujo también dos artículos sobre la misma materia que pasaron sin alteración hasta el Código vigente (art. 683 y 684 del C.C. de 1922 que corresponden a los arts. 697 y 698 del Código vigente).

Pero los primeros antecedentes importantes de las amplias y elaboradas regulaciones legislativas de la propiedad horizontal, características de nuestro siglo, fueron las *primeras leyes especiales* en la materia: la ley belga de 1924 y la ley brasilera de 1928. Con posterioridad, muchos países europeos y americanos también dictaron leyes especiales sobre propiedad horizontal y el Código italiano de 1942 llegó a incorporar en su propio texto una amplia regulación de la materia.

II. *En Venezuela* debe señalarse, aparte de los arriba citados artículos del Código Civil:

1° La "Ley de Propiedad de Apartamentos" de 1957 cuya finalidad principal fue regular las relaciones de los propietarios de los distintos apartamentos y que fijó en ese aspecto lineamientos que nunca ha abandonado después nuestro Derecho; pero que no protegió suficientemente los intereses de los adquirentes por motivos serios que, lamentablemente, fueron desvirtuados por los hechos.

2° La "Ley de Propiedad Horizontal" de 1958 cuyo objetivo fue proteger enérgicamente los intereses de los adquirentes para superar la crisis de confianza entre los potenciales compradores de apartamentos causada por numerosos fraudes cometidos por los vendedores durante la vigencia de la ley del 57, magnificados por cierta prensa. Para lograr su objetivo la nueva ley no vaciló en incluir medidas drásticas, necesarias en aquel momento; pero que debieron haber sido atenuadas por una reforma legislativa cuando se restituyó la confianza del público en la institución.

3° Dos Decretos Presidenciales de 1971 (los Decretos N° 531, del 6 de enero, y 576, del 14 de abril), *cuya vigencia en la actualidad es dudosa por decir lo menos y* que se refieren a ciertos casos especiales de enajenación de apartamentos y que, por tanto, nada innovaron en el plano de los derechos reales.

4° La "Ley de Propiedad Horizontal de 1978" (en realidad una reforma parcial a la ley del 58 con la forma de ley nueva), que en algunos aspectos introdujo modificaciones importantes y que incidió tanto en materia de los derechos reales como en la regulación de las enajenaciones de los apartamentos.

5° La "Ley de Propiedad Horizontal de 1983" que se limitó a suprimir un requisito para el registro del Documento de Condominio, cuestión de indudable interés práctico; pero que en todo lo demás dejó intacto el Derecho vigente en la materia.

DENOMINACIÓN

La denominación de "Propiedad Horizontal" adoptada por nuestros legisladores desde 1958 hasta el presente, desde un punto de vista puramente lógico, no es acertada porque lo característico de la institución no es que el objeto del derecho de cada uno de los propietarios esté delimitado por planos horizontales.

Algunas legislaciones utilizan el término "Condominio" que tampoco es satisfactorio porque en la institución de que tratamos no sólo existen comunidades sino también y sobre todo cosas susceptibles de propiedad exclusiva, tales como los "apartamentos o locales".

Otros legisladores prefieren hablar de propiedad de "apartamentos", de "departamento" o de "pisos"; pero, entre nosotros, la denominación "propiedad horizontal" se justifica plenamente porque corresponde al "uso de las personas cultas" que, como decía don Andrés Bello, es la norma fundamental del idioma.

CARACTERÍSTICA ESENCIAL

La característica esencial del régimen de la propiedad horizontal, de acuerdo con la ley, es el hecho de que dentro del mismo, "Los diversos apartamentos y locales de un inmueble podrán pertenecer a distintos propietarios" (L.P.H., art. 1°, encab.).

Obsérvese que la característica no es que todos los apartamentos y locales deban pertenecer a distintos propietarios exclusivos sino que *puedan* pertenecer a distintos propietarios exclusivos. En consecuencia:

1° En un momento dado todos los apartamentos o locales pueden pertenecer a un mismo propietario.

2° Uno o varios apartamentos o locales, pueden ser "cosas comunes", no susceptibles de propiedad exclusiva.

3° Uno, varios o incluso todos los apartamentos o locales susceptibles de propiedad exclusiva, de hecho, pueden pertenecer a comunidades de diferente origen o clase (conyugales, convencionales, sucesorales, etc.).

AMBITO MATERIAL

I. El análisis de la característica esencial de la propiedad horizontal revela que el ámbito material de la misma es necesariamente un inmueble donde existan apartamentos y locales. Así, pues, el inmueble tiene que ser un inmueble edificado, ya que en el sentido de la ley, un apartamento o local es siempre una "parte de un edificio" (L.P.H., art. 1°, ap. único). Por lo demás, el inmueble debe comprender "la totalidad del terreno que sirvió de base para la obtención del correspondiente permiso de construcción", el cual, por disposición legal expresa, es necesariamente una cosa común a todos los apartamentos (L.P.H., art. 5°, lit. "a" y art. 26, Parágrafo Unico). La naturaleza misma de las cosas exige que existan otras cosas comunes y la voluntad de los particulares puede dar carácter de cosa común a cosas que no lo serían por su naturaleza.

Así, pues, el ámbito material de la propiedad horizontal es necesariamente un inmueble edificado en el cual existan apartamentos o locales y cosas comunes. Sin embargo:

1°) además de los apartamentos o locales pueden existir otras cosas susceptibles de propiedad exclusiva; 2°) también pueden existir "cosas privativas"; y 3°) las cosas comunes pueden ser de distinta clase.

II. Por otra parte, además de los requisitos de hecho señalados, la ley exige que el propietario del inmueble declare su voluntad de destinarlo "para ser enajenado por apartamentos o locales" en un documento registrado, llamado "Documento de Condominio" y que con mayor propiedad se denomina en España "Documento o Título Constitutivo".

REGULACIÓN

I. La propiedad horizontal se rige por las disposiciones de la ley de la materia "y, en cuanto no se opongan a éstas, las del Código Civil" (L.P.H. art. 1°, encab.), de modo que *la fuente legal principal* es la ley especial de la materia (y por supuesto sus eventuales reglamentos de los cuales sólo se ha dictado hasta ahora un reglamento parcial), mientras que la *fuente legal supletoria* es el Código Civil.

II. Pero, como muchas de esas reglas legales no son de orden público, la voluntad de los particulares juega un importante papel en la materia. Así, *mientras no colidan con normas legales de orden público*, deben tenerse en cuenta:

1° Las disposiciones del Documento de Condominio (tal como fuera originalmente registrado o como haya sido modificado ulteriormente por decisión unánime de los propietarios).

2° *Las disposiciones del Reglamento de Condominio*;

3° *Los acuerdos* tomados legalmente por los *propietarios*; y

4° *Las decisiones que sobre la administración del inmueble tomen la Junta de Condominio, el Administrador y, excepcionalmente, un propietario aislado.*

CAMPO DE ESTUDIO

De lo expuesto se desprende que el estudio de la propiedad horizontal en cuanto interesa al presente curso, o sea, en lo relativo al régimen de los derechos reales envueltos en ella, debe comprender:

I. Los *apartamentos y locales*;

II. Las *cosas susceptibles de propiedad exclusiva que no sean apartamentos y locales*;

III. *Las cosas privativas*;

IV. Las *cosas comunes* de las diferentes clases jurídicamente relevantes que puedan existir;

V. *El Documento de Condominio* (incluido el Reglamento de Condominio), y

VI. La *Administración*, rubro donde englobaremos las decisiones de los propietarios, de la Junta de Condominio, del Administrador, y aún de un propietario aislado, que tengan fuerza vinculante.

APARTAMENTOS O LOCALES

I. CONCEPTO Y TERMINOLOGÍA

1° A los efectos del régimen de la propiedad horizontal "sólo se considerará como apartamento o local a la parte de un edificio susceptible de aprovechamiento independiente, que tenga salida a la vía pública directamente o a través de un determinado espacio común, sea que ocupe todo, o una fracción de un piso o de más de uno" (L.P.H., art. 1", ap. único).

A) En consecuencia, sólo es apartamento o local en el sentido de la ley *"una parte de un edificio" que reúna las siguientes características:*

a) *Que sea susceptible de aprovechamiento independiente*, lo que representa la consagración de un criterio económico en el sentido de que en la teoría no es absolutamente indispensable (aun cuando por lo general en la práctica sí lo será), que constituya una construcción, separada del resto por medios divisorios que la aíslen, como lo exigía la ley de 1958. En todo caso, no se exige que todos los servicios auxiliares se encuentren dentro del área que constituye el apartamento o local, ni que sean de uso exclusivo de éste, de modo que un local de oficinas no dejaría de ser apartamento en el sentido de la ley por el solo hecho de que los baños estén situados fuera de dicho local y sean destinados al servicio de varios locales.

b) *Que tenga salida a la vía pública*, directamente (hipótesis que suele ser la menos frecuente), o a través de un espacio común (pasillos, ascensores, portales, vías de entrada y salida pavimentadas o no, etc.). Incluso creemos suficiente que tenga salida a la vía pública a través de un inmueble ajeno siempre que para ello esté constituida legalmente una servidumbre de paso.

B) Claramente distingue la ley entre apartamento o local, por una parte y por la otra, "piso" (entendido en el sentido de "planta" del edificio) cuando expresa que el apartamento o local puede ocupar todo o una fracción de un piso o de más de uno (L.P.H., art. 1°, ap. único).

C) Tampoco exige la ley que, la parte de un edificio de que se trate tenga un determinado uso para poder calificarla de "apartamento o local". Así, "apartamento o local" es tanto el destinado a vivienda como el destinado a otro uso cualquiera (establecimiento comercial, consultorio profesional, oficinas en general, etc.). Sin embargo, en el lenguaje ordinario la palabra "apartamento" se asocia a la idea de "vivienda" mientras que la voz "local" se contrapone a toda "vivienda".

D) Por último, debe mencionarse que la Ley no siempre respeta la terminología que estableció en su art. 1° [2].

2. En efecto en el art. 26 se emplea la palabra "piso" en el sentido de "planta de un edificio"; en el literal g) del art. 3° se emplea innecesariamente la misma palabra "piso" en el sentido de "apartamento o local" y en el art. 5° la expresión "locales" debe entenderse en su acepción ordinaria (o sea, como excluyente de las viviendas) y no en el sentido legal antes precisado.

II. REGULACIÓN LEGAL DE LOS APARTAMENTOS O LOCALES

En su Tit. I la L.PH regula de manera especial la *negociabilidad de los apartamentos o locales*; *el uso o disfrute* de los mismos y *el derecho de modificarlos.* En todos los demás aspectos, los propietarios de los apartamentos tienen las mismas facultades inherentes al derecho de propiedad que les acuerda el Derecho Común.

1° Negociabilidad

A) De acuerdo con la ley, los apartamentos o locales "podrán enajenarse, gravarse o ser objeto de otra clase de actos entre vivos o por causa de muerte" (art. 2, 1ª disp.), como serían la venta, donación, hipoteca, arrendamiento, comodato, constitución de usufructo por legado o herencia testamentarios, herencia "ab-intestato", etc. En cualquiera de dichos actos se consideran comprendidos los derechos que tienen los propietarios respectivos en las cosas comunes (art. 6°).

B) *En caso de enajenación de un apartamento o local, los dueños de los demás no tendrán derecho de preferencia* para adquirirlo (art. 2°, 2ª disp.), a diferencia de los comuneros ordinarios. En realidad, ambas situaciones son distintas: el propietario de un apartamento o local es, en principio, propietario exclusivo del mismo, de modo que respecto de su apartamento o local no está en comunidad con los propietarios de los demás apartamentos o locales del Edificio. Pero la norma no es de orden público, de manera que el Documento de Condominio, podría dar ese derecho de preferencia aunque no lo confiera la ley.

C) Por lo demás, si un apartamento o local pertenece a una comunidad conyugal o sucesoral, la propiedad del mismo queda sometida al régimen de la comunidad correspondiente.

D) También es posible que el Documento de Condominio establezca que uno o más apartamentos o locales pertenezcan a la comunidad de los propietarios del edificio. En tal caso, se le aplican las normas legales sobre "cosas comunes" en la medida en que el Documento de Condominio no disponga otra cosa.

2° Uso y disfrute

A) Los deberes que impone en la materia la propia ley a los propietarios de apartamentos y locales (L.P.H., art. 3°), son por norma expresa, las siguientes:

"a) *Respetar las instalaciones generales*, en provecho de los otros propietarios, incluidas en su apartamento o local;

"b) *Mantener en buen estado de conservación su propio apartamento o local e instalaciones privativas*, de modo que no perjudiquen a los otros propietarios, resarciendo los daños que ocasionen por su descuido o el de las personas por quienes deba responder;

"c) *Consentir las reparaciones que exija el servicio del edificio y permitir las servidumbres imprescindibles requeridas para la creación de servicios comunes de interés general*, acordadas por el setenta y cinco por ciento (75%) de los propietarios, en las condiciones previstas en el artículo 9° de la L.PH., teniendo derecho a que se le resarzan los daños y perjuicios;

"d) *Permitir la entrada* a su apartamento o local a los fines previstos en los literales anteriores;

"e) *Usar y disfrutar el apartamento o local conforme a la finalidad dada al inmueble*. No podrán establecerse en ellos oficinas, comercios, industrias, laboratorios, depósitos, estacionamientos ni ninguna otra forma de actividad, si el inmueble fuere para vivienda, a menos que se le hubiere dado otro destino a determinadas partes del mismo;

"f) *No producir ruidos, molestias ni daños, ni ejecutar actos que perturben la tranquilidad de los propietarios, amenacen su seguridad o afecten a la salud pública.*

"g) *No utilizar el piso para actos o fines contrarios a la moral o a las buenas costumbres*".

B) Caben las siguientes observaciones:

a) El literal c) del art. 3° arriba citado, introdujo la novedad de obligar al propietario (o propietarios) de apartamento a constituir las servidumbres señaladas en el texto, de modo que éstas vienen a ser "servidumbres coactivas" (V. Cap. XXXI, Clasificación de la servidumbre, III). Ese derecho es excepcional, de modo que los requisitos que deben llenarse son de interpretación restrictiva[3]. Caso contrario, el propietario no estará obligado a constituirlas, aunque se le ofrezca pagar los daños y perjuicios pertinentes. Y,

b) En el literal g) la palabra "piso" debe entenderse en el sentido de "apartamento o local".

C) La sanción por el incumplimiento de cualquiera de esos deberes relativos al uso y goce de los apartamentos o locales es la obligación de pagar los daños o perjuicios correspondientes. Pero, además, cuando dicho incumplimiento sea reiterado, es posible demandar al propietario "para que se le obligue a vender sus derechos en pública subasta" (art. 39).

3° Modificaciones

La L.P.H. reconoce a la vez que limita el derecho del propietario de apartamento o local a modificarlo. En efecto, lo faculta para "modificarle sus elementos ornamentales, instalaciones y servicios"; pero sólo "cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estados exteriores, o perjudique los derechos de los propietarios". En todo caso, debe "dar cuenta previamente de tales obras al Administrador" (L.P.H., art. 4°, encab.).

Sin embargo, si el propietario, provisto de los permisos de las autoridades correspondientes, obtiene el consentimiento unánime de los demás propietarios, puede hacer las modificaciones comprendidas en el art. 10 de la L.P.H. y en general cualquier modificación que desee.

---

3. Op. cit., Capítulo VI "De los Apartamentos", II, 3°) pp. 56 y 57.

Naturalmente el poder de modificar el apartamento o local no permite realizar alteración o modificación alguna en el resto del inmueble; "pero si un propietario advierte la necesidad de reparaciones urgentes deberá comunicarlo al Administrador" (L.P.H., art. 4°. ap. único).

COSAS SUSCEPTIBLES DE PROPIEDAD EXCLUSIVA QUE NO SON APARTAMENTOS O LOCALES

Además de los apartamentos o locales pueden existir en el Edificio otras áreas susceptibles de enajenación separada como lo reconocen disposiciones expresas aunque dispersas de la ley. Tales áreas son pues susceptibles de ser objeto de un derecho de propiedad exclusivo por parte de sus adquirentes, que implica una cuota de participación en las cosas comunes y un porcentaje en los derechos y obligaciones en la conservación y administración del inmueble (L.P.H., art. 26, encab.).

Esas cosas sobre cuyo régimen apenas existen normas legales expresas, a falta de éstas, se rigen por las normas sobre apartamentos en la medida en que proceda su aplicación analógica.

COSAS PRIVATIVAS

Aun cuando la ley no menciona explícitamente la existencia de esta categoría especial de cosas, claramente se desprende de su artículo 5° que ciertas cosas que no forman parte de ningún apartamento, sin embargo, son privativas de uno de ellos en el sentido de que pertenecen al dueño de éste y de que no pueden enajenarse ni gravarse separadamente del apartamento o local. Tal es el caso de los puestos de estacionamientos, maleteros o depósitos que sean asignados a determinado apartamento en el Documento de Condominio (art. 5° lit. "i" y "k"); puede ser el caso de algunos sótanos (art. 5°, lit. "d"), y de otras cosas, que a veces se llaman "anexos", como secadores de ropa o lavaderos situados fuera del apartamento.

Pero nada obsta para que también puedan existir cosas privativas de partes del edificio susceptibles de enajenación separada que no sean apartamentos.

En todo caso, esas "cosas privativas" tienen el carácter de accesorios de los respectivos apartamentos u otras áreas susceptibles de enajenación separada; no están comprendidas dentro de los linderos de los apartamentos ni de otras áreas de enajenación separada, pues caso contrario no serían cosa distinta de ellos, y se diferencian de los bienes comunes cuyo uso corresponde exclusivamente a un apartamento u otra área susceptible de enajenación separada, porque la propiedad de estos últimos corresponde a una comunidad de las regidas por la Ley de Propiedad Horizontal y *sólo su uso* es el derecho que tiene carácter exclusivo.

LAS COSAS COMUNES

I. CLASIFICACIÓN

La Ley divide las cosas comunes en cosas comunes *a todos los apartamentos* y cosas comunes *a algunos apartamentos* o, lo que es lo mismo, cosas comunes generales del edificio y cosas comunes limitadas a cierto número de apartamentos (L.P.H., arts. 12, 22 y 26). Por lo demás, como entre las primeras pueden existir cosas que, a pesar de ser comunes, sean de uso exclusivo de uno de los apartamentos (L.P.H., art. 5°, lit. c), las cosas comunes generales del edificio se subdividen en las que son de *uso común* y las que son de *uso privativo*, distinción que la ley toma en cuenta en la distribución de gastos entre propietarios (L.P.H., arts. 8° y 12).

II. DETERMINACIÓN DE LAS COSAS COMUNES

1° Cosas comunes a todos los apartamentos

A) La Ley vigente determina estas cosas comunes mediante una enumeración sin enunciar criterios generales en la materia (L.P.H., art. 5°). No obstante, el énfasis de la ley cuando dice "*son* cosas comunes a todos los apartamentos" (L.P.H., art. 5°), en más de un caso se puede dudar si determinadas cosas que figuran en la enumeración, han de ser necesariamente comunes a todos los apartamentos o si la voluntad privada puede darles otro carácter.

B) A su vez la Ley incluye *reglas especiales* para cinco categorías de cosas que, según los casos siempre o en general son comunes a todos los propietarios: el terreno; las azoteas, patios o jardines; los sótanos; los puestos de estacionamiento y los maleteros y depósitos en general.

a) Respecto del *terreno* se declara común "la totalidad del terreno que sirvió de base para la obtención del permiso de construcción" (L.P.H., art. 5°, lit. a) y que no es válida la exclusión expresa o tácita que se haga en el Documento de Condominio de "ninguna porción del terreno que sirvió de base para la obtención del permiso de construcción" (L.P.H., art. 26, párag. único).

b) En cuanto a *azoteas, patios o jardines*, aunque son cosas comunes a todos los apartamentos, en caso de que "sólo tengan acceso a través de un apartamento o local necesariamente serán de uso exclusivo del propietario de éste" (L.P.H., art. 5°, lit. 6).

c) La especialidad respecto de los *sótanos* consiste en establecer que dichos sótanos son cosas comunes "salvo los apartamentos o locales que en ellos se hubieren construido de conformidad con las Ordenanzas Municipales" y que los puestos de estacionamiento, depósitos o maleteros que existieren en ellos se rigen por las reglas especiales que veremos.

d) En materia de *puestos de estacionamiento* la Ley comienza por indicar que son *comunes* los puestos de estacionamientos "que sean declarados como tales en el documento de condominio"; pero de inmediato limita esa regla al exigir que en dicho documento se asigne "por lo menos, un puesto de estacionamiento a cada uno de los apartamentos o locales", puesto que a su vez "no podrá ser enajenado o gravado sino conjuntamente con el respectivo apartamento o local" (L.P.H., art. 5°, lit. i). Así, los puestos asignados son *propiedad del dueño del apartamento o local correspondiente pero cuya propiedad es inseparable de la propiedad del respectivo apartamento o local.*

Los puestos de estacionamiento sobrantes después de realizada la adjudicación ordenada *pueden ser enajenados o gravados* con tres limitaciones: los propietarios tienen derecho de preferencia para adquirirlos; la enajenación o gravamen de dichos puestos a quienes no fueran propietarios de apartamentos o locales requiere el voto favorable del

75% de dichos propietarios y en todo caso las áreas en cuestión deberán utilizarse siempre como tales puestos de estacionamiento (L.P.H., art. 5°, lit. l).

Sin embargo, se facultó al Ejecutivo Nacional para que mediante reglamento especial pudiera autorizar una asignación distinta de la arriba indicada "en determinadas áreas de una ciudad y siempre que las necesidades del desarrollo urbano así lo justifique".

e) Respecto de los *maleteros y depósitos en general* el principio es que sólo se los considerará comunes si así lo declara el documento de condominio, el cual puede asignar uno o más maleteros o depósitos determinados a cada uno de los apartamentos o locales, a algunos de ellos o a uno solo de ellos. Si así lo hiciere, los maleteros o depósitos asignados "no podrán ser enajenados ni gravados sino conjuntamente con el respectivo apartamento o local" (L.P.H., art. 5°, lit. j). Así, la asignación de maleteros o depósitos atribuye propiedad exclusiva, pero inseparable de la propiedad del apartamento o local respectivo.

2° Cosas comunes a determinados apartamentos

Aunque la ley admite la existencia de esta categoría de cosas no indica el criterio para determinarlas ni tan siquiera las enumera. Ante tal silencio deben considerarse comprendidas dentro de la categoría en virtud de principios generales, las cosas declaradas como tales por el Documento de Condominio y por analogía con lo dispuesto en materia de cosas comunes generales, las cosas necesarias para la existencia, seguridad, condiciones higiénicas y conservación sólo de parte de los apartamentos del edificio o para el uso o goce sólo de determinados apartamentos o locales.

III. NATURALEZA DEL DERECHO SOBRE LAS COSAS COMUNES

Sin duda alguna los derechos de cada propietario sobre las cosas comunes son derechos de propiedad que están en comunidad; pero no en comunidad ordinaria ya que:

1° *Los derechos de cada propietario sobre las cosas comunes están vinculados a su propio derecho de propiedad exclusivo* hasta el punto de que "los derechos de cada propietario en las cosas comunes son inherentes a la propiedad del respectivo apartamento e inseparables de ellas y se considerarán comprendidos en cualquiera de los actos" entre vivos o por causa de muerte que se realice respecto de ellos (L.P.H., art. 6° en correlación con el art. 2°).

2° Los propietarios tienen *severamente limitado* —aunque no eliminado— el derecho de pedir partición de las cosas comunes (L.P.H., arts. 8°, 2a. disp. y 16).

En consecuencia, aun cuando no pueda afirmarse con todo rigor que los propietarios están en indivisión forzosa a respecto de las cosas comunes, su situación es bastante semejante.

3° Como se verá, *el régimen de administración* de las cosas comunes no es el propio de la comunidad ordinaria.

IV. CUANTÍA DE LA PARTICIPACIÓN EN LAS COSAS COMUNES

Para determinar la cuantía de los derechos de los propietarios en las cosas comunes la ley dispone que se les atribuirá "una cuota de participación con relación al valor total del inmueble" (L.P.H., art. 7°, 1ª disp.). La norma comprende tanto a los propietarios de apartamentos como a los propietarios de otras áreas susceptibles de propiedad exclusiva o de "enajenación separada" (Art. 26) y la determinación debe hacerse en el Documento Constitutivo (L.P.H., art. 2°, encab.).

La cuota allí fijada no se alterará por las mejoras o menoscabos de cada apartamento (u otra área susceptible de propiedad exclusiva) *y sólo podrá variarse por acuerdo unánime* (L.P.H., art. 7°, 3ª disp), salvo en hipótesis muy especiales.

En palabras de la Ley "servirá de módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad" (L.P.H., art. 7° 2ª disp.).

V. DERECHOS DE CADA PROPIETARIO SOBRE LAS COSAS COMUNES

1° *Salvo* que se trate de *cosas comunes de uso privativo de algún apartamento o local* o, por analogía, *de otra área susceptible de propiedad exclusiva,* cada propietario sin necesidad del consentimiento o concurso de los demás puede servirse de las cosas comunes según su destino ordinario y sin perjuicio del uso legítimo de los demás (L.PH., art. 8°, 1ª disp.).

2° Los propietarios tienen derecho a beneficiarse de los *frutos* que *puedan producir las cosas comunes* (p. ej. los apartamentos, locales, sótanos, depósitos, maleteros o estacionamientos rentables, si los hubiere), mediante la aplicación de dichos frutos al pago de los gastos comunes (L.P.H., art. 5°, lit. j) y en la forma que determine la mayoría respecto de la suma recaudada que excediere de dichos gastos, si fuere el caso (L.P.H., art. 20, lit.d).

3° Cada propietario tiene *derecho a pedir la división* (total o parcial) de las cosas comunes; pero la misma no podrá acordarse sino en los casos en que lo autorice la Ley de la materia o la Asamblea de los propietarios por el voto de los 2/3 de sus miembros" y en este último caso siempre y cuando se obtengan los permisos de las Autoridades competentes" (L.P.H., art. 8°).

VI. MEJORAS EN LAS COSAS COMUNES

Estas mejoras sólo pueden efectuarse con el acuerdo del 75% de los propietarios (L.P.H., art. 9°, encab.), correspondientes según se trate de cosas comunes a todos o a determinados apartamentos. Tales acuerdos son *impugnables* ante la autoridad judicial *incluso por uno sólo de los propietarios* quien puede pedir su suspensión por las causales que determina la Ley a través del mismo procedimiento del interdicto de obra nueva (L.P.H., art. 9°, apartes y literales).

VII. INNOVACIONES Y OTROS ACTOS

Se requiere el *consentimiento unánime* de los propietarios y la obtención del *permiso de las autoridades competentes* para construir nuevos pisos; hacer sótanos o excavaciones y para realizar actos que afecten la conservación y estética del inmueble (L.P.H., art. 10).

VIII. GASTOS COMUNES

1° Determinación

Son gastos comunes a todos los propietarios o a parte de ellos (L.P.H., art. II):

A) "los causados por la administración, conservación, reparación o reposición de las cosas comunes";

B) "los que se hubiere acordado como tales por el setenta y cinco por ciento (75%), por lo menos, de los propietarios"; y

C) "los declarados comunes por la Ley o por el documento de condominio".

2° Obligados al pago

Aunque la Ley utiliza términos más restrictivos, debe entenderse que los propietarios de apartamentos o locales y de otras áreas susceptibles de propiedad exclusiva *deberán contribuir a los gastos que sean comunes a todos o a parte de ellos* en proporción a sus cuotas de participación en las cosas comunes (L.P.H., art. 12, 1ª disp. del encab. en concordancia con el art. 26).

Pero, si existiere *bienes comunes de uso privativo* de un propietario serán por cuenta suya los gastos de mantenimiento de los mencionados bienes, las reparaciones menores que requieran y las reparaciones mayores cuya necesidad se deba a no haber efectuado oportunamente las reparaciones menores (L.P.H., art. 12, encab.).

3° Carácter "propter rem" de la obligación

El pago de los gastos comunes en la propiedad horizontal es una obligación *propter rem*. En consecuencia:

A) Los propietarios pueden *librarse de tal obligación mediante el abandono* de su apartamento u otra área de propiedad exclusiva en favor de los demás propietarios, caso en el cual el bien abandonado se hace común a ellos en proporción al porcentaje que les corresponda en los bienes comunes a todos los apartamentos; pero el abandono deberá hacerse constar en documento registrado y "no tendrá efecto frente a la comunidad hasta tanto no se haga la notificación correspondiente al administrador del condominio, acompañada del documento donde conste dicho abandono" (L.P.H., art. 12).

B) Así mismo *la obligación de los propietarios sigue siempre a la propiedad del apartamento u otra área que les pertenezca, aun respecto de los gastos causados antes de haberla adquirido*. Desde luego, el adquirente puede exigir a su enajenante el reembolso de lo que haya pagado por tal concepto (L.PH., art. 13, encab.). Sin embargo, puede exigirse su contribución al propietario que después de constituido en mora, realice la correspondiente enajenación (L.PH., art. 13, ap. único).

4° Cobro de los gastos comunes

La Ley establece reglas especiales para dar la mayor eficacia al cobro de las contribuciones por gastos comunes e incluso concede a estos créditos un privilegio sobre los bienes del deudor; pero el estudio correspondiente no es propio del presente curso.

IX. LAS COSAS COMUNES Y LA DESTRUCCIÓN O AMENAZA DE RUINA DEL EDIFICIO

La ley (L.P.H., arts. 16 y 17), distingue y regula dos supuestos diferentes:

1° Si la destrucción del edificio o amenaza de ruina del mismo fuere total o de una porción que represente no menos de las 3/4 partes de su valor, cualquiera de los propietarios podrá pedir la división de las cosas comunes en que tenga participación. Pero a su vez si existiere un número de propietarios interesados en ello cuyos porcentajes sumen al menos las 3/4 partes del valor del inmueble, dichos propietarios tendrán derecho a adquirir, a justa regulación de expertos, la parte o partes de los propietarios minoritarios que reiterasen su voluntad de realizar la partición.

2° Si la destrucción o amenaza de ruina del edificio no alcanzare la magnitud indicada, los propietarios decidirán acerca de la reconstrucción de las cosas comunes y si ésta fuese acordada, los gastos correspondientes serán considerados gastos comunes.

CAPÍTULO XXIV

PROPIEDAD HORIZONTAL (FIN)

EL DOCUMENTO DE CONDOMINIO Y LA ADMINISTRACIÓN. MULTIPROPIEDAD Y TIEMPO COMPARTIDO

EL DOCUMENTO DE CONDOMINIO

I. OBLIGATORIEDAD Y NATURALEZA

1° La Ley exige que antes de enajenar uno cualquiera de los apartamentos o locales de un edificio, el propietario o los propietarios del inmueble declaren por documento registrado su voluntad de destinarlo para ser enajenado por apartamentos y locales con indicación de ciertas menciones y acompañado de los recaudos que exige la Ley (L.P.H., art. 26). Es precisamente éste el Documento de Condominio.

2° Sobre la naturaleza jurídica del Documento, sin analizar las diferentes teorías que existen, creemos que pueden hacerse las siguientes afirmaciones:

A) El Documento de Condominio es un acto jurídico unilateral y no un contrato, ya que se perfecciona y produce algunos efectos jurídicos sin que se requiera la voluntad de más de una parte (el propietario o los propietarios del edificio).

Nada obsta, sin embargo, para que por analogía y, por ende, en la medida en que exista la *eadem ratio legis* se apliquen a dicho acto muchas de las normas dictadas para los contratos.

La afirmación de que el Documento de Condominio está llamado a quedar "incorporado" a los contratos por los cuales se enajenan sus apartamentos y otras áreas susceptibles de enajenación separada, aparte de que esa "incorporación" no sería nunca total, no contradice lo expuesto y expresa un fenómeno jurídico complejo que no puede analizarse en el presente curso.

B) Si bien el Documento de Condominio contiene una o más declaraciones de voluntad, es también el medio escogido por la ley para que el propietario o los propietarios suministren algunas informaciones, razón por la cual contiene también necesariamente ciertas declaraciones de "ciencia" o conocimiento.

II. CONTENIDO

El Documento de Condominio debe contener la destinación del edificio a la enajenación por apartamentos, menciones relativas al inmueble mismo, a la situación jurídica de éste y "cualquiera otra circunstancia que interese hacer constar" (L.P.H., art. 26).

1° Destinación del edificio a la enajenación por apartamento

El Documento de Condominio debe contener la voluntad del propietario o de los propietarios "de destinarlo para ser enajenado por apartamentos o locales" sin que se requiera al efecto el empleo de fórmula sacramental alguna sino que la destinación sea inequívoca y se manifieste en documento registrado.

2° Menciones relativas al propio inmueble

Por otra parte, la Ley exige que el Documento de Condominio contenga ciertas menciones relativas al propio inmueble a fin de que los eventuales adquirentes conozcan con precisión las consecuencias derivadas de la adquisición que realicen.

Las menciones obligatorias en la materia son:

A) *Los pisos* (en el sentido de plantas), *apartamentos y dependencias* de que consta el edificio con especificación de los linderos de los apartamentos y locales;

B) *La descripción de las cosas comunes generales del edificio y de las cosas comunes limitadas* a cierto número de apartamentos con expresión de cuáles son esos apartamentos;

C) La indicación precisa del *destino dado al edificio* (vivienda, oficinas, locales comerciales, etc., o combinación de estos usos), y

D) *El valor que se le da al edificio y el que se atribuye a cada uno de los apartamentos, locales y otras partes del edificio susceptibles de enajenación separada*, fijándose de acuerdo con tales valores "el porcentaje" que tendrán los propietarios sobre las cosas comunes y sus derechos y obligaciones en la conservación y administración del inmueble.

No se repite la disposición de la Ley derogada que comenzaba por exigir *la descripción del terreno;* pero como éste es una cosa común deberá ser descrito de todas maneras. Por lo demás, lo expuesto viene confirmado por la disposición del Parágrafo Único del Art. 26 de acuerdo con el cual al destinarse un inmueble para ser enajenado por apartamentos no podrá excluirse del mismo ninguna porción del terreno.

Desde un punto de vista aritmético es de observar que el monto de la participación de cada propietario de acuerdo con el artículo 7° debe expresarse en centésimas, y que de acuerdo con el artículo que comentamos debe ser un porcentaje, valores que son equivalentes; pero no idénticos.

Por último, como el Documento de Condominio debe ser registrado, es necesario incluir *las menciones que se exigen de manera general en todos los documentos registrados* (C.C., Art. 1.914).

3° Menciones relativas a la situación jurídica del inmueble

Exige también la Ley dos menciones relativas a la situación jurídica del inmueble para que los eventuales compradores tengan acceso a una razonable información al respecto. Tales menciones son:

A) La indicación de los *títulos inmediatos de adquisición,* y

B) La *indicación de los gravámenes* que existan sobre el inmueble. Dado nuestro sistema de notas marginales, al conocerse los títulos inmediatos de adquisición es posible remontarse a los anteriores cuando se estime prudente.

Respecto de los gravámenes que deben mencionarse son, en nuestro concepto, las hipotecas (extinguidas o no) que no estén registralmente canceladas y las servidumbres pasivas que pesen sobre el inmueble. No es necesario, en cambio, indicar las limitaciones legales de la propiedad predial que puedan afectar al fundo porque dichas limitaciones no son gravámenes.

Nada prevé expresamente la Ley derogada ni la nueva Ley sobre el caso de que el inmueble esté sujeto a una prohibición de enajenar y gravar; pero pensamos que tal prohibición impide el registro del Documento de Condominio. Lo propio debe decirse cuando se haya ejecutado sobre el inmueble una medida de secuestro o de embargo ejecutivo contra el propietario o los propietarios.

4° Otras circunstancias

Por último, la Ley expresa que el documento "contendrá... cualquiera otra circunstancia que interese hacer constar".

El hecho de que esta última frase esté regida por un verbo que tiene significado imperativo parece indicar que no se trata simplemente de dejar abierta la puerta a la posibilidad de agregar menciones facultativas sino de establecer la obligación de mencionar esas otras circunstancias genéricamente definidas ("que interese hacer constar").

Pero naturalmente, ello obliga a establecer el criterio para determinar cuáles son esas otras circunstancias "que interese hacer constar", y que por lo tanto deben incluirse en el Documento de Condominio. A tal respecto creemos que el deseo del legislador es que se mencione cualquier otra circunstancia que de acuerdo con las reglas generales de la vida o la experiencia de los negocios, pueda mover a un adquirente potencial a no adquirir o a ofrecer un precio menor. Permítasenos observar que el criterio propuesto no atiende a las peculiaridades subjetivas de cada adquirente, sino que se refiere a un patrón objetivo de "adquirente normal".

Desde luego nada impide que, a esas otras circunstancias de obligatoria mención, se agreguen otras, que son facultativas para los interesados.

III. RECAUDOS ANEXOS

La Ley exige que se acompañen al Documento del Condominio ciertos planos con su "conformación" y un ejemplar del Reglamento de Condominio:

1° Los planos requeridos son "los planos arquitectónicos debidamente aprobados por los organismos competentes y, en su caso, los de sus modificaciones esenciales donde deben estar demarcadas claramente las áreas comunes" (L.P.H., art. 26, ap. 1°). Pero adicionalmente exige que tales planos estén "conformados por el proyectista de la obra o, en su defecto, por un profesional autorizado, quien hará constar que el edificio corresponde a ellos y que no se alteran o modifican las áreas y los usos comunes del inmueble, sus anexidades y pertenencias, de acuerdo al permiso de construcción" (L.P.H., art. 26, 1° disp. del ap. 1°).

2° Igualmente debe acompañarse un ejemplar del Reglamento de Condominio. Este Reglamento, de obligatorio cumplimiento es modificable por la Asamblea de Propietarios y versará sobre:

1) Atribuciones de la Junta de Condominio y del Administrador;

2) Garantía que debe prestar el Administrador para responder de su gestión;

3) Normas de convivencia entre copropietarios y uso de las cosas comunes del edificio y de las privativas de cada apartamento;

4) Instalación en el edificio de rejas, toldos o aparatos de aire acondicionado y demás accesorios que no afecten la estructura, distribución y condiciones sanitarias del inmueble;

5) Normas para el mejor funcionamiento del régimen.

La previsión del Reglamento de Condominio como un instrumento normativo de menor jerarquía y más fácil reforma que el Documento de Condominio contribuye a dar una mayor flexibilidad a las normas que rigen cada edificio todas las cuales es imposible incorporar a la Ley por las diversas peculiaridades de cada inmueble y parte de las cuales no conviene llevar al Documento de Condominio porque obedecen a circunstancias que suelen ser cambiantes de manera que es preferible no someter su reforma a las severas exigencias de la modificación de dicho Documento.

IV. MODIFICACIÓN DEL DOCUMENTO DE CONDOMINIO

La Ley establece que este Documento podrá ser modificado por los propietarios por unanimidad "con las mismas formalidades" que se exigen para su elaboración (en cuanto sean aplicables); pero desde luego quedan a salvo los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a su modificación (L.P.H., art. 29).

V. VALOR DEL DOCUMENTO DE CONDOMINIO

La importancia del Documento de Condominio resulta de dos normas legales:

1° Las especificaciones del Documento de Condominio y de sus recaudos "se considerarán reproducidas en el documento de enajenación

o gravamen de cualquier apartamento, local, estacionamiento, depósito o maletero" (L.P.H., 26, últ. ap.) y,

2° "Las disposiciones del Documento de Condominio y modificaciones producirán efecto frente a los causahabientes de los otorgantes por cualquier título" (L.P.H., art. 30).

LA ADMINISTRACIÓN

La administración gira en torno a los acuerdos de los propietarios y de las decisiones de la Junta de Condominio y del Administrador sin perjuicio de que excepcionalmente pueda tomar decisiones un solo propietario.

I. LA JUNTA DE CONDOMINIO

1° Necesidad y constitución original

Este órgano de la administración es "de obligatorio funcionamiento en todos los edificios regulados" por L.P.H. y deberá constituirse en un plazo no mayor de 60 días "luego de haberse protocolizado la venta" del 75% de los apartamentos y locales (L.P.H., art. 18, ap. 1°).

2° Integración, designación y período

La Junta deberá estar integrada por lo menos por tres miembros principales y tres suplentes que llenarán sus faltas en el orden de elección; será designada por la Asamblea de Copropietarios y sus integrantes durarán 1 año en el ejercicio de sus funciones pudiendo ser reelectos (L.P.H., art. 18, encab.).

La ley sólo exige expresamente que los 3 principales sean copropietarios (L.P.H., art. 18, encab.); pero es lógico pensar que también deban serlo sus suplentes.

La Junta elegirá de su seno un Presidente (L.P.H., art. 18, encab.) y tomará sus decisiones por mayoría de votos (L.P.H., art. 18, ap. 1°).

3° Atribuciones

La Junta "tendrá las atribuciones de vigilancia y control sobre la administración que establezca el Reglamento de la presente Ley" (L.P.H., art. 18, ap. 2°); pero debe recordarse que la propia Ley prevé expresamente que el Reglamento de Condominio le señale las atribuciones que crea conveniente (L.P.H., art. 26, ap. 2° num. 1°) y que con mayor razón puede hacerlo el Documento de Condominio.

Por lo demás, el legislador dispuso también que "en todo caso" la Junta tendrá las siguientes atribuciones:

A) Convocar en caso de urgencia la Asamblea de los Copropietarios;

B) Proponer a la Asamblea de los Copropietarios la destitución del Administrador, atribución que junto con la anterior permite que los propietarios ejerzan efectivamente su supremacía sobre el Administrador;

C) Ejercer las funciones del Administrador en caso de que la Asamblea de los Copropietarios no hubiere procedido a designarlo;

D) Velar por el uso que se haga de las cosas comunes y adoptar la reglamentación que fuere necesaria; y

E) Velar por el correcto manejo de los fondos por parte del Administrador.

II. EL ADMINISTRADOR

1° Necesidad y unicidad

El conjunto de las disposiciones de la Ley vigente y el contraste entre ellas y el texto claramente supletorio del art. 17 de la Ley de 1958, revelan que hoy en día es *legalmente obligatorio* que todo edificio so-

metido al régimen de propiedad horizontal tenga Administrador. Por lo demás, también el conjunto de las disposiciones de la Ley *parece indicar que* ésta *no concibe* sino la existencia de un *administrador único* sin que prevea la manera de llenar sus faltas en general.

2° Designación y período

A) "Inicialmente" el Administrador puede ser "contratado" por el propietario del inmueble; pero dicho Administrador debe ser reelegido o revocado por la Asamblea de Copropietarios en la oportunidad de designar la primera Junta de Condominio (L.P.H., art. 19, ap. últ.).

B) Salvo la excepción indicada, designará al Administrador la Asamblea de los Propietarios por mayoría de votos y si no lo hiciere oportunamente, lo hará el Juez de Distrito o Departamento a solicitud de uno o más de los propietarios (L.PH., art. 19, encab.). La Asamblea puede designar a cualquier persona natural o jurídica, la cual es reelegible; pero el Juez, en su caso, debe designar "preferentemente" a uno de los propietarios (L.P.H., art. 19, encab.).

El período del Administrador es de 1 año sin perjuicio de que la Asamblea lo revoque en cualquier momento (L.P.H., art. 19, encab.), o lo destituya por incumplimiento de sus obligaciones legales (L.P.H., art. 20).

3° Responsabilidad y garantía

La responsabilidad del Administrador se rige por las normas del *mandato* y para hacerla efectiva el Administrador debe *prestar garantía* suficiente a juicio de la Asamblea de los Copropietarios y así mismo, si tuvieran interés en ella, del enajenante de los apartamentos y del acreedor hipotecario (L.P.H., art. 19, ap. 1°). Recuérdese, por lo demás, que una de las materias sobre las cuales debe versar el Reglamento de Condominio es precisamente sobre esa garantía (L.P.H., art. 26, ap. 2°, núm. 2).

4° Atribuciones

La Ley (L.P.H., art. 20) señala que las atribuciones del Administrador son:

A) Cuidar y vigilar las cosas comunes;

B) Realizar o hacer realizar los actos urgentes de administración y conservación, así como las reparaciones menores de las cosas comunes;

C) Cumplir y velar por el cumplimiento de las disposiciones del documento de condominio, de su reglamento y de los acuerdos de los propietarios;

D) Recaudar de los propietarios lo que a cada uno le corresponda en los gastos y expensas comunes, y si hubiere apartamentos rentables propiedad de la comunidad, recibir los cánones de arrendamiento y aplicarlos a los gastos comunes; en caso de que lo recaudado supere a los gastos comunes, los propietarios por mayoría, podrán darle un destino diferente u ordenar su distribución;

E) Ejercer en juicio la representación de los propietarios en los asuntos concernientes a la administración de las cosas comunes, debidamente asistidos por abogados o bien otorgando el correspondiente poder. Para ejercer esta facultad deberá estar debidamente autorizado por la Junta de Condominio; y de acuerdo con lo establecido en el respectivo documento. Esta autorización deberá constar en el Libro de Actas de la Junta de Condominio;

F) Llevar la contabilidad de los ingresos y gastos que afecten al inmueble y a su administración, en forma ordenada y con la especificación necesaria, así como conservar los comprobantes respectivos, los cuales deberán ponerse a disposición de los propietarios para su examen durante días y horas fijadas con conocimiento de ellos;

G) Llevar los libros de: a) Asamblea de Propietarios; b) Actas de Junta de Condominio; c) Libro diario de la contabilidad. Estos libros deberán ser sellados por un Notario Público o un Juez de Distrito, en cuya jurisdicción se encuentre el inmueble;

H) Presentar el informe y cuenta anual de su gestión.

Además, el Administrador por Ley puede hacer consultas a los Propietarios o convocarlos a Asamblea (L.P.H., arts. 23 y 24), realizar ciertos pagos (L.P.H., art. 26, ap. 2°, num, 1) y desempeñar las funciones

que le asigne el Reglamento de Condominio (L.P.H., art 26, ap. 2°) y con mayor razón el Documento de Condominio.

III. LOS ACUERDOS DE LOS COPROPIETARIOS

1° Principio general

"Lo concerniente a la administración y conservación de las cosas comunes a todos los apartamentos será resuelto por los propietarios" y "Lo concerniente a la administración y conservación de las cosas comunes a algunos apartamentos será resuelto por los propietarios de éstos" (L.P.H., art. 23). Naturalmente, a los propietarios de apartamentos deben ser asimilados, si los hubiere, los propietarios de otras áreas susceptibles de enajenación con participación en las cosas comunes.

2° Mecanismos de toma de decisiones

A) La materia no es de orden público (L.P.H., art. 22, único aparte). Dentro del régimen legal supletorio, el mecanismo ordinario de toma de decisiones es la consulta, dirigida por el administrador a los propietarios y respondida por aquéllos a éste, aun cuando también se prevé la posibilidad de que los acuerdos se tomen en Asamblea.

B) En el régimen de consulta, tanto las consultas como las respuestas deben hacerse "por escrito". En principio, los acuerdos se tomarán por mayoría de los propietarios correspondientes, cuya participación en las cosas comunes alcance por lo menos a 2/3 (L.P.H., art. 23, encab.); pero si dentro de los 8 días siguientes a la consulta del último interesado el administrador no ha recibido un número de respuestas que permitan dar por aprobada o negada la proposición, se hará una nueva consulta y, salvo que en la materia la ley exija unanimidad, bastará para la aprobación el voto de los propietarios cuya participación exceda de la mitad (L.P.H., art. 23, ap. 1°).

El administrador comunicará por escrito a todos los propietarios el resultado de la votación, asentará la decisión en el libro correspondiente y conservará los comprobantes de las consultas y respuestas.

C) No obstante lo expuesto, el Administrador puede decidir discrecionalmente convocar a Asamblea en vez de efectuar la consulta y está obligado a hacerlo si así se lo exigen los propietarios que representen, por lo menos, un tercio del valor básico del inmueble o de los apartamentos correspondientes. En tal caso, si el Administrador dejare de convocar la Asamblea, los interesados pueden ocurrir ante el Juez de Distrito o Departamento para que éste la convoque (L.P.H., art. 24, encab.). Por lo demás, como se ha dicho, la Junta de Condominio puede convocar la Asamblea en caso de urgencia (L.P.H., art, 18, últ. ap.).

Las Asambleas se celebrarán "con preferencia" en el inmueble y serán presididas por el Presidente de la Junta de Condominio o por la persona que designe la Asamblea en caso de ausencia de éste (L.P.H., art. 24, encab.).

La Asamblea no puede deliberar sin la presencia de todos los interesados, a menos que conste fehacientemente que todos fueron "invitados" a la reunión con una anticipación mínima de 3 días (L.P.H., art. 24, encab.), a cuyo fin basta convocarla por un periódico que circule en la localidad con dicha anticipación y fijar un ejemplar de la convocatoria en la entrada o entradas del edificio (L.P.H., art. 24, ap. 1°).

Para la instalación de la Asamblea es necesaria la asistencia de un número de propietarios suficiente para tomar el acuerdo correspondiente (que evidentemente es el mismo que se requeriría para hacerlo en primera consulta). Si no se logra la asistencia necesaria se realizará una nueva "consulta" que no consiste en convocar nuevamente la Asamblea sino en recurrir al mecanismo ordinario de consulta; pero en la consideración de que se trata de una segunda consulta (L.P.H., art. 24, ap. 2°).

De toda Asamblea se levantará acta que se estampará en el Libro correspondiente suscrita por los concurrentes (L.P.H., art. 24, últ. ap.).

3° Fuerza obligatoria e impugnación de los acuerdos

A) "Los acuerdos de los propietarios tomados con arreglo de los artículos precedentes serán obligatorios para todos los propietarios" (L.P.H., 1ª disp. del encab.).

B) No obstante, la ley establece la posibilidad de que cualquier propietario puede impugnar tales acuerdos.

a) La impugnación constituye una acción judicial que se tramita por el procedimiento del juicio breve (L.P.H., art. 25, últ. ap.) y que sólo puede intentarse por violación de la Ley o del Documento de Condominio, o abuso de derecho, dentro del corto plazo que señala la ley (L.P.H., art. 25, 2ª disp. del encab. y ap. 1°).

b) La interposición del recurso no suspende la ejecución del acuerdo; pero el Juez discrecionalmente y con las precauciones necesarias, puede decretar esa suspensión provisionalmente, a solicitud de parte interesada (L.P.H., art. 25, ap. 2°).

MULTIPROPIEDAD Y TIEMPO COMPARTIDO

I. INTRODUCCIÓN

"La multipropiedad" y "el tiempo compartido" son instituciones típicas del espíritu de nuestra época. Como ya se ha dicho "el vacacionista de estos tiempos (los actuales) es diferente. Su tiempo libre es muy escaso en contraposición a su enorme curiosidad de ver geografías distintas y conocer otras culturas. Ese vacacionista no se ve satisfecho con la adquisición de una propiedad exclusiva en un lugar turístico. Esa adquisición lo limitaría, porque estaría obligado a visitar periódicamente el lugar, aun cuando sólo fuese para darle una "vuelta" a su propiedad. El vacacionista de hoy exige variedad y flexibilidad. Para satisfacer esas necesidades y otras de carácter económico, tanto del vacacionista como de los empresarios hoteleros, es que surge la idea de la multipropiedad y del *time sharing*[1].

1. Álvarez de Lugo Azpúrua, L., *El Turismo en el Desarrollo Venezolano*, Caracas, 1996, pp. 259-362, citado por Hernández Bretón, Eugenio y Ojer, Uxua, en su artículo "Multipropiedad y tiempo compartido", publicado en *SUMMA*, Homenaje a la Procuraduría General de la República, 135° Aniversario, Caracas, 1998, pág. 484. Este estudio se recomienda a los alumnos deseosos de profundizar en el tema, ya que se trata de una introducción clara, ordenada y de una dimensión razonable para constituir una verdadera "introducción al tema".

La importancia de esas instituciones movieron a nuestro legislador a dictar una ley especial en la materia: "la Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Tiempo Compartido" (G.O. N° 5022 Extraordinario del 18 de noviembre de 1995), que a su vez fue reglamentada por el Ejecutivo (G.O. N° 35.996 del 9 de julio de 1996).

II. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN LEGAL DE LA MULTIPROPIEDAD Y EL TIEMPO COMPARTIDO

1° La Ley define "la multipropiedad" como "*el derecho indiviso*, por el cual se adquiere la *propiedad de una parte alícuota de una unidad residencial vacacional o recreacional de carácter turístico conjuntamente con los bienes muebles* que en ella se encuentran así como sobre las instalaciones y servicios conexos y áreas comunes del mencionado desarrollo inmobiliario con sujeción a un calendario en cuanto al uso y disfrute exclusivo, de acuerdo a lo establecido en el propio contrato y el documento de condominio" (art. 2°, lit. a).

2° Por otra parte, el "tiempo compartido" es *el derecho de uso* y *disfrute* de una unidad vacacional o recreacional de carácter turístico, conjuntamente con los bienes muebles que en ella se encuentren así como las instalaciones, áreas, construcciones y servicios comunes conexos del respectivo desarrollo inmobiliario, siempre y cuando este derecho se limite a un número determinado de días y semanas por un número específico de años con sujeción a los términos del respectivo contrato (art. 2°, lit. b).

A su vez el derecho al tiempo compartido es clasificado por la ley según la individualización o no de la unidad residencial sobre la cual recae y según la identificación del tiempo de goce y disfrute. Así, el artículo 31 distingue cuatro clases de tiempo compartido:

A) "Tiempo compartido fijo" cuando el derecho de uso y disfrute recae en una misma unidad residencial turística en la misma semana o semanas de cada año.

B) "Flotante" cuando se tiene el derecho de disfrutar de la misma unidad residencial turística, dentro de ciertas temporadas o estaciones del año, cuya determinación se hace periódicamente de acuerdo a procedimientos objetivos.

C) "Sobre espacio flotante" cuando se tiene el derecho de disfrute de una unidad residencial turística o vacacional con características precisas, pero cuya determinación se hará según la disponibilidad y mediante procedimientos objetivos. Y

D) "Mixto" cuando el derecho responde al concepto de "sobre espacio flotante" con la peculiaridad adicional de que el disfrute de la semana o semanas puede fraccionarse en días no continuos.

III. COMPARACIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE MULTIPROPIEDAD Y DE TIEMPO COMPARTIDO

1° La calificación del derecho *no siempre es fácil* razón por la cual se atribuye al juez hacerla en caso de conflicto independientemente de la calificación que le den las partes sirviéndose de las definiciones legales como de guía para ello.

2° Tanto la multipropiedad como el tiempo compartido tienen la finalidad básica y común de dar derecho al uso y disfrute de una unidad recreacional y turística de carácter residencial, aunque el derecho no sólo se refiera a inmuebles sino también a otras cosas tales como mobiliario, instalaciones o servicios conexos, áreas comunes que existen en el desarrollo inmobiliario, etc.

3° *La naturaleza jurídica* de las instituciones examinadas no siempre es la misma ya que pueden responder a derechos de diferente clase. Así, el derecho de la *multipropiedad* es siempre un *derecho real perpetuo* mientras que, de acuerdo con su contenido el derecho en el *tiempo compartido puede ser real o personal*. En efecto, el derecho compartido fijo y el flotante son derechos reales mientras que son

derechos personales los que surgen de los tiempos compartidos "sobre espacio flotante" y "mixtos" ya que no recaen necesariamente en un mismo inmueble pues aunque versen sobre inmuebles "de características precisas" dichos inmuebles no son siempre los mismos (art. 32). Por lo demás, los derechos de tiempo compartido en muchos casos son derechos por tiempo determinado y no derechos perpetuos.

4° Los desarrollos urbanísticos destinados a la multipropiedad deben constituirse bajo el régimen de la propiedad horizontal, mientras que no ocurre lo mismo en las modalidades de los tiempos compartidos.

CAPÍTULO XXV

MODOS DE ADQUIRIR - LA OCUPACIÓN

MODOS DE ADQUIRIR

I. CONCEPTO

Se llaman *modos de adquirir* los derechos todos los actos y hechos que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, tienen el efecto de convertir a una persona en titular de un derecho. Cuando se habla de *modos de adquirir* a secas muchas veces se entiende que se trata de los modos de adquirir el derecho de propiedad o sea de los actos y hechos que, de acuerdo con la ley tienen el efecto de convertir a una persona en propietaria de una cosa.

II. ENUMERACIÓN

1° El artículo 796 del Código Civil dice:

"La propiedad se adquiere por ocupación.

La propiedad y demás derechos se adquieren y transmiten por la Ley, por sucesión, por efecto de los contratos.

Pueden también adquirirse por medio de la prescripción".

2° Como se observa la norma se refiere tanto a modos de adquirir la propiedad como a modos de adquirir y transmitir los demás derechos.

3° Por otra parte, es evidente el carácter meramente enunciativo de la enumeración legal a pesar de que incluye a "la Ley" que en cierta

forma comprende todos los modos de adquirir no mencionados en el artículo transcrito, aun cuando la Ley, directamente y por sí sola, no es modo de adquirir sino en casos rigurosamente excepcionales.

4° La doctrina señala a veces que la enumeración legal ha debido incluir la *accesión, la adquisición de bienes muebles por la posesión de buena fe y el acto del Estado.* En cuando esta observación se refiere a la accesión y a la adquisición de bienes muebles por la posesión de buena fe, debe señalarse que la cuestión de si constituyen modos de adquirir o no, depende de la tesis que se acoja acerca de la naturaleza jurídica de las instituciones correspondientes como ya se ha señalado. En cambio, el acto del Estado ciertamente es un modo de adquirir que comprendería, al menos dos instituciones importantes como son la expropiación por causa de utilidad pública o social y el remate judicial que, en realidad implica una expropiación por causa de interés privado (el interés del "ejecutante"), al lado de la requisición y la confiscación, que en nuestro ordenamiento carecen del relieve que tienen en otros Derechos.

5° Por último, es evidente que la ley hubiera sido más precisa si en vez de mencionar entre los modos de adquirir a la "prescripción", hubiera mencionado la "usucapión", porque ésta es la única clase de prescripción que constituye modo de adquirir.

III. CLASIFICACIÓN

1° La principal clasificación de los modos de adquirir la propiedad es la que distingue entre modos *originarios* y modos *derivativos* de adquirir.

Un modo de adquirir es *originario* cuando hace nacer el derecho directamente en el adquirente. Implica pues la creación en cabeza de éste de un derecho de propiedad que antes no existía y que, por tanto, no puede estar sujeto a cargas ni gravámenes.

Un modo de adquirir es, en cambio, *derivativo* cuando por efecto suyo el adquirente (llamado también causahabiente) se hace titular del mismo derecho de propiedad que antes correspondía a otra persona (llamado causante). Hay pues *transmisión* y no creación de un derecho

de propiedad. Consecuentemente, el adquirente sólo recibe en la medida en que el causante tenía y, por lo tanto, con las eventuales cargas o gravámenes que pesaban sobre la propiedad que se le transmite.

2° Desde otro punto de vista, los modos de adquirir se clasifican en modos de *adquirir a título universal y a título particular*.

Los modos de adquirir *a título universal* se caracterizan porque lo adquirido es una universalidad o una alícuota de ella. Estos modos de adquirir no son simples modos de transmitir la propiedad sino también de transmitir derechos y obligaciones. Ejemplo de ellos son la herencia y la fusión de sociedades.

Los modos de adquirir *a título particular* se caracterizan porque lo adquirido es un bien o varios bienes determinados. Ejemplos de ellos son el legado, la ocupación y los contratos.

3° Puede distinguirse también entre modos de adquirir *a título gratuito y a título oneroso*. En estos últimos, la adquisición engendra para el adquirente la obligación de pagar al causante una contraprestación (por ejemplo, en la venta), mientras que en los primeros no se engendra tal obligación (por ejemplo, en la donación). Obviamente todos los modos de adquirir originarios son a título gratuito por la sencilla razón de que, como no hay causante, mal podría existir una obligación de pagarle una contraprestación.

4° También cabe distinguir entre modos de adquirir *mortis causa* y por *acto entre vivos*. En realidad, se trata de una subclasificación de los modos de adquirir derivativos según que la adquisición tenga como presupuesto lógico la muerte del causante o no.

LA OCUPACIÓN

I. CONCEPTO

La ocupación propiamente dicha, es el modo originario de adquirir que consiste en tomar posesión de una cosa apropiable y sin dueño, con la intención de adquirir su propiedad.

II. SUPUESTOS

Para que exista un caso de verdadera ocupación deben concurrir los siguientes supuestos:

1° *En cuanto al objeto* es necesario:

A) Que la cosa *sea apropiable*,

B) Que la cosa *no pertenezca a nadie*, sea porque nunca haya tenido propietario, sea porque su dueño anterior la abandonó; de modo que la *ocupación propiamente dicha* se refiere a las *res nullius*, y a las *res derelictae*, lo que en nuestro Derecho implica que la ocupación sólo es un modo de adquirir cosas muebles[1]. Sin embargo, la Ley asimila a la ocupación ciertas formas de adquirir cosas muebles que, en realidad, podrían pertenecer a alguien, pero que nadie reclama.

C) Que la cosa *sea corporal*, y

D) Que la cosa *no sea una universalidad*.

2° *El acto constitutivo de la ocupación* es la toma de posesión de la cosa, para lo cual basta que el sujeto obtenga una disponibilidad de hecho sobre la misma, aunque no haya realizado su aprehensión en el sentido estricto de la palabra. Pero es necesario que el acto o hecho se verifique con la intención de adquirir la propiedad, lo que muchas veces resulta, tácitamente, del propio hecho de tomar posesión.

3° Como se requiere un acto intencional, parte de la doctrina considera que el ocupante debe tener capacidad de ejercicio o negocial, sin embargo, domina la idea de que basta la simple capacidad natural de

1. En efecto, los inmuebles no pueden ser *res nullius* porque, si carecen de otro dueño, pertenecen al dominio privado de la Nación o de los Estados, según el caso (C.C., art. 542). Excede de los límites de este Curso analizar una oscura norma de nuestra Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional que podría conducir —erróneamente en nuestro concepto— a la conclusión de que tampoco es posible la ocupación de bienes muebles.

entender y querer ya que la ocupación no es un negocio jurídico ni un acto análogo al negocio jurídico.

III. EFECTOS

La ocupación produce la adquisición originaria de la propiedad y, por tanto, libre de cargas y gravámenes.

IV. CASOS ESPECIALES

Son casos especiales de ocupación propiamente dicha o de otras formas de adquirir legalmente asimilados a ella: la ocupación de animales, la invención o hallazgo y la ocupación de los productos del mar[2].

1° *Ocupación de animales*. La Ley regula la ocupación de los animales que son objeto de caza y pesca así como de los animales que pasan de un fundo a otro.

A) Respecto de los animales que *son objeto de la caza o de la pesca* el Código dispone que el ejercicio de estas actividades se regirá por leyes especiales y que no se permitirá introducirse en un fundo ajeno, contra la prohibición del poseedor, para el ejercicio de la caza (C.C., art. 798). Las leyes especiales a las que se hace remisión son la Ley de Caza, la Ley de Pesca y la Ley de Pesca de Perlas.

Debe observarse, sin embargo, que la propiedad del animal cazado o pescado pertenece al cazador o pescador, aunque haya violado las leyes especiales que regulan la caza o la pesca (caso en el cual puede estar sujeto a la pena de comiso), o aun cuando se haya introducido indebidamente

2. Se han señalado también como casos asimilables a la ocupación unas situaciones reguladas por la Ley de Tránsito Terrestre y por la Ley de Bienes Muebles Recuperados por las Autoridades Policiales. Sin embargo, consideramos que el estudio de las mismas se encuadra mejor dentro del Derecho Administrativo, ya que se trata de situaciones que son simple consecuencia del ejercicio de funciones de policía por parte de órganos del Estado.

en fundo ajeno para cazar (caso en el cual puede ser condenado a pagar los daños y perjuicios que causare).

B) Respecto de los animales que *pasan de un fundo a otro* existe una norma legal relativa a enjambres de abejas y otra, a animales domesticados.

a) En materia de los *enjambres de abejas* se dispone que todo propietario de los mismos tendrá derecho de seguirlos en fundo ajeno; pero con la obligación de reparar los perjuicios que ocasione al poseedor del fundo, lo que ninguna relación guarda con la ocupación (C.C., art. 799, encab. 1ª disp.). Ahora bien, cuando el propietario de tales enjambres no las haya seguido en los dos días inmediatos, o haya dejado de seguirlos durante dos días, el poseedor podrá tomarlos y retenerlos (C.C., art. 799, encab., 2ª disp.).

b) En lo que concierne a *los animales domesticados*, sus propietarios tendrán iguales derechos que los propietarios de enjambres de abejas; pero dichos animales pertenecerán a quien los haya tomado y retenido, si no los reclamare el dueño dentro de veinte días (C.C., art. 799, ap. único), con la salvedad de que los animales de un vivero que pasaren a otro, serán propiedad del dueño de éste, salvo la acción por indemnización si la atracción se ha efectuado por artificio o fraude (C.C., art. 799, ap. único y art. 570).

2° *Invención o hallazgo*. La Ley regula los casos de hallazgo de tesoros y de cosas perdidas o abandonadas.

A) *Hallazgo de tesoros.*

a) *Concepto*. Se entiende por tesoro "todo objeto mueble de valor que haya sido ocultado o enterrado y cuya propiedad nadie pueda justificar" (C.C., art. 800, encab.), de modo que es necesario que se trate de: a') un objeto *mueble*, b') de *valor*, cuestión que en último término habrá de apreciar el Juez de Instancia; c') *enterrado u ocultado*, sea dentro de un inmueble o de otro mueble (argumento: C.C., art. 800, ap. único, 1ª disp.); y d') *cuya propiedad nadie pueda justificar*.

b) *Principio general y excepciones.* La regla general es que el tesoro pertenece al propietario del inmueble o mueble en donde se encuentre (C.C., art. 800, ap. único, 1ª disp.). *Por excepción*, si el tesoro se encontrare en un inmueble o mueble ajenos por el solo efecto de la casualidad, pertenecerá de por mitad al propietario del inmueble o mueble donde se haya encontrado y al que lo hubiere hallado (C.C., art. 800, ap. único, 2ª disp.). Por otra parte, si el tesoro se hallare en un fundo dado en enfiteusis, es el enfiteuta a quien corresponden en ambos casos los derechos del propietario respecto del tesoro (C.C., art. 1572).

B) Hallazgo de *cosas perdidas o abandonadas.*

a) En esta hipótesis, la Ley parte del supuesto de que es posible que las cosas halladas tengan dueño o que no lo tengan. Por ello se ordena que el hallador de una cosa mueble que no pueda considerarse como tesoro deberá restituirlo al precedente poseedor, y si no conociere a éste, deberá consignarlo inmediatamente en poder de la Primera Autoridad Civil de la Parroquia o Municipio del lugar donde lo haya encontrado (C.C., art. 801), entrega a la que siguen actuaciones destinadas a averiguar y, en su caso, identificar al propietario de la cosa perdida. En efecto, "la autoridad hará publicar la consignación en uno de los periódicos del lugar, si lo hubiere, y por carteles que permanecerán fijados en los lugares más públicos de la población por espacio de quince días, renovándolos en ese término si fuere necesario" (C.C., art. 802).

Pasados seis meses después del término fijado en el artículo 802 del Código Civil, "sin que se haya presentado el propietario, *la cosa o el precio de ella* si las circunstancias hubieren hecho necesaria su venta, pertenecerán a quien la haya encontrado" (C.C., art. 803, encab.). El propietario de la cosa perdida, o quien la haya encontrado, en su caso, deberán al tomar la cosa o el precio, pagar los gastos que aquélla hubiere ocasionado" (C.C., art. 803, ap. único).

"El propietario de la cosa o aquél que por sus relaciones con éste responde de la pérdida de la cosa, deberá pagar, a título de recompensa, a quien la haya encontrado, si éste lo exigiere, el diez por ciento (10%)

de su valor según la estimación común. Si este valor excediere de dos mil bolívares, la recompensa por el exceso será únicamente el cinco por ciento" (C.C., art. 804).

Si el interesado ha ofrecido una recompensa mayor, será ésta la recompensa debida.

b) "Los derechos sobre *las cosas arrojadas al mar o que provienen de naufragio,* se arreglarán según lo dispuesto en los artículos 801 y siguientes, sobre las cosas encontradas y se publicarán también los avisos por la prensa" (C.C., art. 805).

3° La ocupación de los productos del mar. "Los derechos sobre los productos del mar que se extraen de su seno o se encuentren en sus olas o riberas, y sobre las plantas y yerbas que crecen en éstos, se arreglarán por leyes especiales, y, a falta de éstas, se adquirirán por ocupación" (C.C., art. 806).

CAPÍTULO XXVI

USUCAPIÓN

LA PRESCRIPCIÓN. LA USUCAPIÓN: INTRODUCCIÓN. OBJETO DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. TIEMPO NECESARIO PARA USUCAPIR. CÓMPUTO DEL TIEMPO. CAUSAS QUE IMPIDEN, SUSPENDEN O INTERRUMPEN LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. PRESCRIPCION ORDINARIA. PRESCRIPCIÓN ABREVIADA. EFECTOS DE LA USUCAPIÓN

LA PRESCRIPCIÓN

I. Nuestro Código Civil regula la usucapión dentro del marco más general de la prescripción. En los términos del legislador: "La prescripción es un medio de adquirir un derecho o de libertarse de una obligación, por el tiempo y bajo las demás condiciones determinadas por la ley" (C.C., art. 1952). Implícitamente esa definición contiene la clasificación de la prescripción *en prescripción adquisitiva o usucapión*, que es un medio de adquirir un derecho, y *prescripción extintiva*, que es un medio de libertarse de una obligación, en ambos casos por obra del transcurso del tiempo y cumplidas las demás condiciones determinadas por la ley.

Si el codificador hubiera descrito el cuadro completo hubiera indicado *una tercera forma de prescripción: la prescripción extintiva de los derechos reales*, que no es un medio de libertarse de una obligación sino un medio de extinción de algunos derechos reales por el no uso durante el tiempo fijado por la ley.

II. Al regular conjuntamente la usucapión y la prescripción extintiva nuestro legislador siguió el precedente establecido por el Código Napoleónico y reafirmado por el Código Civil italiano de 1865. En todo caso, ese proceder se explica porque ambas instituciones tienen aspectos comunes. En efecto, ambas responden a necesidades de seguridad jurídica y de consolidación de situaciones de hecho por el transcurso del tiempo, suponen la inercia del titular del derecho e incluso están sujetas a ciertas normas comunes.

Pero al lado de tales semejanzas también existen diferencias profundas entre ambas formas de prescripción, razón por la cual el Código italiano de 1942 las regula separadamente. En efecto y sin entrar en muchos detalles, la usucapión y la prescripción extintiva difieren en varios aspectos:

1° En sus supuestos, porque la usucapión supone no sólo la inercia del titular del derecho como la prescripción extintiva sino también y sobre todo *el ejercicio del derecho* (la posesión) *por parte de un no titular*;

2° En su campo de aplicación, ya que la usucapión sólo se da *en materia de derechos reales* mientras que la prescripción extintiva regulada por la ley es propia de los derechos de crédito[1]; y

3° En sus efectos, puesto que mientras la usucapión conduce a *la adquisición de un derecho*, la prescripción extintiva conduce a un deudor a *libertarse* de su obligación[2].

LA USUCAPIÓN: INTRODUCCIÓN

I. La usucapión, arriba definida, *es una de las formas como la posesión* (en este caso *la posesión legítima*) *conduce a adquirir la propiedad*

1. Hablamos de la prescripción extintiva "regulada por la ley" porque al lado de ésta existe la figura de la pérdida de algunos derechos reales por su no uso durante el tiempo determinado por la ley, que, como se ha dicho, podría ser considerada como otra clase de prescripción: la prescripción extintiva de derechos reales.
2. Como se insistirá en el Curso de Obligaciones, la prescripción extintiva propiamente hablando no extingue la obligación sino que se limita a conferir al deudor una excepción perentoria frente a la acción del acreedor, que el demandado tiene la carga de alegar y probar.

u otro derecho real y se caracteriza porque logra ese efecto a través del transcurso del tiempo[3].

II. La *utilidad* de la institución era ponderada por los antiguos cuando la llamaban "la patrona del género humano". Por su parte la Exposición de Motivos del Código Napoleónico dice de la prescripción en general que es "de todas las instituciones del derecho civil la más necesaria al orden social".

III. En todo caso la usucapión tiene *fundamentos serios* entre los cuales pueden señalarse:

1° La seguridad jurídica.

2° La presunción de que el poseedor es el verdadero titular del derecho y de que, por tanto, conviene facilitarle la prueba del mismo. En efecto, sin la usucapión, el propietario que quisiera ejercer sus acciones petitorias tendría, en principio, la carga de probar que su causante era también propietario y así indefinidamente.

3° La consideración de que, en todo caso, el derecho de quien era el verdadero titular, ya no merece protección jurídica: A) por la inercia de ese titular y B) porque quien actualmente está dando al derecho una función socialmente útil es el poseedor y no la persona contra quien obra la usucapión.

---

3. Por ser necesaria la posesión legítima, la usucapión generalmente no opera a favor de un comunero frente a los demás, porque debe considerarse que en principio el copropietario que posee lo hace para sí y para los demás propietarios o de que en la duda de si es así su posesión es equívoca y por ende no es posesión legítima sino viciada. Sin embargo "se admite que el comunero puede prescribir contra los demás comuneros cuando no haya duda de que ha poseído la cosa como dueño exclusivo, esto es, cuando su posesión exclusiva es inequívoca" (Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. de la I Circ. Jud., sent. de 14-VIII-58; J.T.R., Vol. VII, Tomo 2, p. 599), o sea cuando uno de los comuneros ejerza de manera exclusiva la posesión... pretendiendo la exclusiva propiedad (Juzg. Sup. de la Circ. Jud. del Edo. Guárico, sent. de 3-XII-71, J.T.R., Vol. XIX, pp. 209-10). En el mismo sentido: Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. Merc. y Trab. de la Circ. Jud. del Edo. Guárico, sent. de 13-VIII-82 (J.T.R., Vol. X, p. 439).

OBJETO DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

I. La usucapión supone necesariamente *que la cosa sea susceptible de apropiación privada* puesto que si no es así, no podría producir su efecto adquisitivo.

Precisamente por ello, el legislador refiriéndose evidentemente a la usucapión dispone que la prescripción no tiene efecto respecto de las cosas que no están en el comercio (C.C., art. 1959), lo que, por lo demás, no viene a ser sino una consecuencia de la norma de que no produce efectos jurídicos la posesión de las cosas cuya propiedad no puede adquirirse (C.C., art. 778). Así pues, no sólo no son usucapibles las llamadas cosas comunes sino tampoco los bienes del dominio público. En cambio, los bienes patrimoniales del Estado son usucapibles (C.C., art. 1960), si bien, como veremos el tiempo necesario para adquirirlos por prescripción es mayor que el establecido en el Código Civil (Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, artículo 28).

Por disposición *constitucional los ejidos pertenecientes a los municipios* son imprescriptibles (Const., art. 32).

Pero fuera de las limitaciones indicadas, todos los bienes muebles o inmuebles son susceptibles de usucapión, aun cuando la usucapión de los muebles amerite algunos comentarios. En efecto como sabemos, "respecto de los bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador, la posesión produce, en favor de los terceros de buena fe, el mismo efecto que el título" (C.C., art. 794 encab., 1ª disp.), salvo que se trate de universalidades de muebles (C.C., art. 794, encab., 2 disp.) o de bienes sustraídos o perdidos (C.C., art. 794, ap. único). En tal virtud, el poseedor preferirá —si le es posible— invocar esa norma y no recurrir a la usucapión que le exigiría la prueba de una posesión prolongada. Sin embargo, si el poseedor no puede prevalerse de lo dispuesto en el citado artículo 794 y tampoco se trata de cosas perdidas o sustraídas puede invocar la usucapión. El caso de las cosas perdidas o sustraídas, en cambio, presenta peculiaridades notables. En efecto, la prescripción de estos bienes está consagrada en los siguientes términos: "La acción del propietario o poseedor de la cosa mueble, para recuperar la cosa sus-

traída o perdida, de conformidad con los artículos 794 y 795 (del Código Civil), se prescribe por dos años" (C.C., art. 1986). En estos casos pues *no se computa el tiempo de la posesión del interesado en hacer valer la prescripción* sino el tiempo transcurrido desde que el propietario o poseedor perdiera la posesión. En esta forma, la prescripción señalada puede beneficiar a quien haya poseído por menos de dos (2) años, si, en cambio, han pasado los dos (2) años de la sustracción o pérdida. *No es éste el mecanismo propio de la usucapión* que sólo opera en virtud de una posesión prolongada por el lapso establecido. De allí que, acertadamente, se haya señalado que la prescripción de los bienes muebles sustraídos o perdidos se parece más a la prescripción extintiva de las obligaciones que a la usucapión.

II. Desde otro punto de vista es preciso indicar que no sólo puede adquirirse por usucapión el derecho de propiedad sino *en general todos los derechos reales susceptibles de posesión*, como la enfiteusis, el usufructo, el derecho de uso y el de habitación y las servidumbres.

En cambio, no pueden adquirirse por usucapión los derechos reales no susceptibles de posesión, como la hipoteca, ni los derechos que no son derechos reales, como por ejemplo, los derechos inherentes al estado civil, los derechos de la personalidad, los derechos de crédito, los derechos políticos, etc.

En el presente Capítulo, sin embargo, tratamos de la usucapión *como medio de adquirir la propiedad*; aun cuando es de advertir que sus reglas se mantienen iguales cuando se trata de adquirir otros derechos reales, salvo lo que se dirá al tratar de cada uno de éstos.

TIEMPO NECESARIO PARA USUCAPIR

I. De acuerdo con el Código Civil "Todas las acciones reales se prescriben por veinte años..., sin que pueda oponerse a la prescripción la falta de título ni de buena fe, y salvo disposición contraria de la ley" (C.C., art. 1977, encab.). Esta prescripción se llama *prescripción o usucapión ordinaria* precisamente por constituir la regla en la materia. También se la conoce por prescripción *veintenal*.

Sin embargo,

> "Quien adquiere de buena fe un inmueble o un derecho real sobre un inmueble en virtud de un título debidamente registrado y que no sea nulo por defecto de forma, prescribe la propiedad o el derecho real por diez años, a contar de la fecha del registro del título" (C.C., art. 1979).

Esta es la llamada *prescripción decenal, abreviada o de favor*.

II. De acuerdo con la ley, el tiempo para usucapir se eleva a 50 años en el caso de la usucapión ordinaria y a 20 en el caso de la prescripción abreviada o de favor, cuando se trata de bienes usucapibles del Estado (Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, art. 28).

III. Por otra parte, "La acción del propietario o poseedor de la cosa mueble, para recuperar la cosa sustraída o perdida, de conformidad con los artículos 794 y 795 (del Código Civil), se prescribe por dos años" (C.C., art. 1986).

CÓMPUTO DEL TIEMPO NECESARIO PARA PRESCRIBIR

I. Por disposición de la Ley, la prescripción se cuenta por días enteros y no por horas (C.C., art. 1975) y se consuma al fin del último día del término (C.C., art. 1976). A estas normas deben añadirse las reglas generales sobre cómputo de lapsos contenidos en el artículo 12 del Código Civil en cuanto sean aplicables.

Tenemos así que como los lapsos en materia de usucapión son de años, el tiempo necesario para prescribir se contará desde el día siguiente al de la fecha de la toma de la posesión y concluirá el día de fecha igual al de esa toma de posesión, del año que corresponda para completar el número del lapso (C.C., art. 12, encab. y arts. 1975 y 1976). Si conforme a esa regla el lapso debiera cumplirse en un día de que carezca el mes, se entenderá vencido el último de ese mes (C.C., art. 1975, ap. 1°). El día del vencimiento del lapso se entenderá terminado a las doce de la noche (C.C., art. 12, ap. 3°).

II. Desde luego, el lapso para usucapir puede ser cumplido íntegramente por el poseedor que invoca sus efectos; pero también es posible que éste invoque no sólo el tiempo de su propia posesión útil sino que le sume el tiempo de la posesión de sus causantes en los términos en que lo permiten u ordenan las conocidas reglas sobre unión de posesiones y continuación de la posesión.

III. En cambio, como veremos:

1° Iniciada la posesión, no se inicia sin embargo el cómputo del tiempo útil cuando exista y mientras subsista una causa que *impida* la prescripción;

2° Cuando medie una causa que *suspenda* la prescripción, el tiempo transcurrido hasta ese momento es tiempo útil y así también lo es el tiempo que corra después de cesada la causa de suspensión; pero no el tiempo transcurrido mientras dicha causa subsista; y,

3° Por último, si iniciada la posesión, se *interrumpe* la prescripción antes de que ésta se haya consumado, el tiempo hasta entonces transcurrido no es tiempo útil y cesada la interrupción es necesario reiniciar el cómputo del lapso desde un principio.

CAUSAS QUE IMPIDEN LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

I. En lo que respecta a la usucapión, la ley establece bajo el rubro de "causas que impiden la prescripción" las siguientes reglas:

> "1° Quien tiene o posee la cosa en nombre de otro, y sus herederos a título universal, no pueden jamás prescribirla, a menos que se haya cambiado el título de su posesión por causa procedente de un tercero, o por la oposición que ellos mismos hayan hecho al derecho del propietario" (C.C., art. 1967);
>
> "2° Nadie puede prescribir contra su título, en el sentido de que nadie puede cambiarse a sí mismo la causa y el principio de su posesión" (C.C., art. 1963, encab.); y

"3° Pueden prescribir aquellos a quienes han cedido la cosa a título de propiedad los arrendatarios, depositarios u otras personas que la tenían a título precario" (C.C., art: 1962).

II. Las reglas enunciadas son una simple consecuencia de que la usucapión requiere posesión legítima (C.C., art. 1953). En efecto, quienes tienen o poseen cosas en nombre de otro y sus herederos a título universal, salvo que haya habido interversión de su título, son simples detentadores de la cosa. Por otra parte, como la interversión no opera por la simple voluntad del interesado, quien comenzó siendo detentador no puede cambiarse a sí mismo tal situación, lo que implica que no puede prescribir contra su título de detentador. En cambio, son poseedores –de buena o mala fe– razón por la cual pueden usucapir, aquellas personas que reciben la cosa a título de propiedad de quienes, a su vez, eran simples detentadores.

Esta materia pertenece pues a la regulación de la posesión más que a la regulación de la usucapión y de hecho su estudio se realizó a propósito de la posesión.

CAUSAS QUE SUSPENDEN LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

I. Como se ha dicho, cuando ocurre una causa de suspensión de la prescripción, no se continúa el cómputo del tiempo hasta tanto desaparezca la causa; pero el tiempo corrido antes de su aparición no queda eliminado sino que se suma al tiempo que transcurra después del cese de la causa de suspensión.

II. La suspensión de la prescripción está establecida para aquellas situaciones en que si bien existe inercia del titular del derecho, esa inercia no puede menos que justificarse o excusarse por algunas de las razones consagradas por la ley, ya que dada la situación existente se hace imposible o difícil que las personas correspondientes se defiendan de los efectos de la prolongada posesión ajena. Esas causas pueden derivar de las relaciones entre el poseedor y el titular; de las condiciones del titular contra quien de otra manera correría la prescripción o de la naturaleza de los derechos o acciones de que se trate.

III. *En razón de las relaciones entre el poseedor y el titular* no corre la prescripción:

1° Entre cónyuges.

2° Entre la persona que ejerce la patria potestad y la que está sometida a ella.

3° Entre el menor o el entredicho y su tutor, mientras no haya cesado la tutela, ni se hayan rendido y aprobado definitivamente las cuentas de su administración.

4° Entre el menor emancipado y el mayor provisto de curador, por una parte, y el curador por la otra[4].

5° Entre el heredero y la herencia aceptada a beneficio de inventario.

6° Entre las personas que por la ley están sometidas a la administración de otras personas, y aquellas que ejercen la administración (C.C., art. 1964).

IV. Por *la condición de las personas contra quienes obraría la prescripción y por la naturaleza de los derechos o acciones de que se trata*, no corre la prescripción —con la salvedad que luego se hará— de acuerdo con la enumeración que hace el Código Civil conjuntamente para la prescripción adquisitiva y para la extintiva:

1° Contra los menores no emancipados ni contra los entredichos.

2° Respecto de los derechos condicionales, mientras la condición no esté cumplida.

3° Respecto de los bienes hipotecados por el marido para la ejecución de las convenciones matrimoniales, mientras dure el matrimonio.

---

4. Esta norma es de dudosa vigencia después de la reforma del Código Civil de 1982 en razón de las modificaciones introducidas al reglamentar la emancipación.

4° Respecto de cualquiera otra acción cuyo ejercicio esté suspendido por un plazo, mientras no haya expirado el plazo.

5° Respecto de la acción de saneamiento, mientras que no se haya verificado la evicción (C.C., art. 1965).

De estas causas evidentemente la tercera y la quinta se refieren exclusivamente a casos de prescripción extintiva y, por ende, no nos interesan ahora. En cambio, importa destacar que las causas de suspensión recién enumeradas, "no tienen efecto respecto del tercero poseedor de un inmueble o de un derecho real sobre un inmueble", en el caso de la prescripción de veinte años (C.C., art. 1966). La doctrina pacíficamente coincide en que el tercero poseedor de referencias no es cualquier poseedor sino aquél que no tiene ningún título o el adquirente *a non domino.*

CAUSAS QUE INTERRUMPEN LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

I. Como hemos señalado, las causas que interrumpen la prescripción se caracterizan porque hacen ineficaz el tiempo transcurrido hasta el momento en que aparecen de modo que, si es el caso, cesada la interrupción, el cómputo del lapso habrá de reiniciarse como si ninguna parte de él hubiera transcurrido. En otras palabras, "el efecto de las causas de interrupción de la prescripción consiste en eliminar retroactivamente el tiempo transcurrido a favor del prescribiente"

II. De acuerdo con el Código Civil la prescripción puede *interrumpirse natural o civilmente* (C.C., art. 1967).

1° "Hay interrupción natural, cuando por cualquier causa deje de estar el poseedor en el goce de la cosa por más de un año" (C.C., art. 1968).

El hecho de que el poseedor deje de estar en el goce de la cosa puede ocurrir porque voluntariamente el poseedor deje de ejercitar los actos posesorios, caso en el cual habrá pues renuncia o abandono de la posesión, o, por el contrario, porque un tercero lo prive de la posesión.

En el caso concreto de que el poseedor haya sufrido despojo, si se intenta el correspondiente interdicto dentro del año, la prescripción no queda interrumpida —cualquiera que sea el tiempo que se prolongue de hecho la desposesión— siempre que la decisión judicial favorezca al querellante y se ejecute.

2° La interrupción civil de la usucapión puede resultar de dos clases de hechos: la demanda judicial o el reconocimiento del derecho del titular por parte del poseedor.

A) En cuanto a la demanda judicial la norma, dictada para ambas formas de prescripción, es que

> "Se interrumpe civilmente (la prescripción), en virtud de una demanda judicial, aunque se haga ante un Juez incompetente, de un decreto o de un acto de embargo notificado a la persona respecto de la cual se quiere impedir el curso de la prescripción o de cualquier otro acto que la constituya en mora de cumplir la obligación" (C.C., art. 1969, encab. 1ª disp.).

Entendemos que de estas formas de interrumpir la prescripción la única aplicable a la usucapión es la demanda judicial.

A propósito de la misma debe tenerse en cuenta que ella no interrumpe la prescripción si no se registra en la Oficina correspondiente, antes de expirar el lapso respectivo, "copia certificada del libelo con la orden de comparecencia del demandado, autorizada por el Juez; a menos que se haya efectuado la citación del demandado dentro de dicho lapso" (C.C., art. 1969, ap. único).

Por otra parte "Para interrumpir la prescripción la demanda judicial puede intentarse contra un tercero a efecto de *declarar la existencia del derecho*, aunque esté suspendido por un plazo o por una condición" (C.C., art. 1970).

Por lo demás, la citación judicial se considerará como no hecha y no causará interrupción si el actor desistiere de la demanda o dejare,

extinguir la instancia de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil[5], o si el poseedor fuere absuelto de la demanda (C.C., art. 1972 que literalmente se refiere a la prescripción extintiva, pero que es aplicable por analogía a la usucapión).

B) La otra forma de interrumpir civilmente la usucapión es *el reconocimiento del derecho* de aquel contra quien ella había comenzado a correr, efectuado por parte del poseedor (C.C., art. 1973).

En realidad ese reconocimiento, que puede ser expreso o tácito siempre que sea inequívoco, *transforma la posesión en mera detentación* e impide que vuelva a comenzar una nueva usucapión mientras no ocurra una interversión del título.

El efecto interruptivo lo *produce el solo reconocimiento del derecho*, aunque no sea acompañado por el cumplimiento de las consecuencias propias del mismo. Así, por ejemplo, si el poseedor reconoce el derecho del titular se interrumpe la prescripción, aunque no le haya devuelto la cosa como debería haberlo hecho.

PRESCRIPCIÓN ORDINARIA

Como hemos señalado, esta prescripción ordinaria o veintenal, constituye la regla para la adquisición de la propiedad y los demás derechos reales usucapibles. Exige sólo una posesión legítima por veinte años sin que pueda oponerse al usucapiente la falta de título ni de buena fe (C.C., art. 1977, encab.).

Naturalmente, quien quiere aprovechar la usucapión tiene la carga de la prueba de haber poseído legítimamente por veinte años.

---

5. Incluso el desistimiento del procedimiento aun cuando no se haya desistido de la acción implica que se considere como no hecha la citación y por tanto como no interrumpida la prescripción (C.S.J., Sala Cas. Civ. Merc. y Trab., sent. de 28-XI-74; R & G., Vol. XLV, pp. 397-9).

PRESCRIPCIÓN ABREVIADA

I. Como también sabemos, el lapso exigido para usucapir se reduce a 10 años cuando, además de la posesión legítima, concurren las circunstancias de que se haya adquirido de buena fe un inmueble o un derecho real sobre un inmueble en virtud de un título debidamente registrado y que no sea nulo por defecto de forma. Los diez años se cuentan a partir de la fecha de registro del título (C.C., art. 1979).

No necesitamos insistir en el requisito de la posesión legítima; pero sí convendrá hacer referencia a los demás.

II. La *buena fe en la adquisición* consiste en la doble creencia de que quien le transfirió la propiedad (u otro derecho) era el verdadero titular y podía, en consecuencia, disponer del mismo y de que el título carecía de vicios que afectaran su eficacia plena.

Cuando el adquirente es una persona jurídica la investigación de la buena fe recae sobre sus administradores y cuando la adquisición se hace a través de representantes de una persona natural lo decisivo es la buena fe del representado.

No está de más recordar que esa buena fe se presume de modo que quien la niegue tiene la carga de probar la mala fe.

III. Es necesario además de la *buena fe un título debidamente registrado que no sea nulo por defecto de forma.*

1° A estos efectos debe entenderse por "título" tanto el negocio jurídico que en abstracto sería idóneo para transmitir la propiedad (o constituir otro derecho real), a pesar de que no lo sea así en el caso concreto en virtud de una circunstancia particular, como sobre todo el instrumento o documento contentivo de la correspondiente declaración de voluntad.

No son títulos en ese sentido los actos que tienen carácter meramente declarativo. Así no lo es la partición respecto de los bienes partidos

ni tampoco la transacción respecto de los bienes sobre los que verse el litigio.

Por lo demás, el título debe ser real, no simplemente aparente en el sentido de que tanto el título *putativo* como la simulación absoluta excluyen la usucapión decenal.

En doctrina se considera que el título afectado por una causa de nulidad absoluta no genera ningún efecto jurídico y que por tanto no puede servir de base a una prescripción decenal. Si está viciado de nulidad relativa, en cambio, nada obsta a la usucapión abreviada.

El título sometido a condición resolutoria es suficiente con la salvedad de que si se cumple la condición ya no tendrá valor frente al titular. Si la condición es suspensiva, el título no sirve de apoyo sino a partir del cumplimiento de la condición.

El título revocable es suficiente mientras no se produzca la revocación.

2° Pero debe recordarse que el Código exige en todo caso que el título esté debidamente registrado y que no sea nulo por defecto de forma.

IV. El lapso necesario es de diez años. Su peculiaridad es que, aun cuando la posesión hubiere comenzado antes, el lapso no se cuenta sino a partir del registro del título.

EFECTOS DE LA USUCAPIÓN

I. El efecto directo de la usucapión consiste en la adquisición originaria de la propiedad (o el derecho real) correspondiente a la posesión ejercida durante el lapso y en las condiciones establecidas. Ese efecto se *produce retroactivamente y sujeto a la voluntad del usucapiente*, aunque no está sujeto a que se dicte ninguna sentencia ni a que se efectúe ningún registro.

II. *En protección de los terceros que han contratado con el usucapiente* basados en la apariencia creada por la posesión prolongada, una

vez cumplida la usucapión, su efecto se retrotrae a la fecha en que el usucapiente entró en posesión. En consecuencia tratándose de adquisición de la propiedad:

1° El usucapiente se considera propietario desde el momento en que comenzó a poseer.

2° Somos del parecer de que caen los derechos reales constituidos por el anterior propietario después de que comenzó a poseer el usucapiente, aun cuando parte de la doctrina opina en sentido contrario.

3° A la inversa, los derechos reales constituidos por el usucapiente después de que comenzó a poseer y mientras no estaba cumplida la usucapión, quedan perfectamente válidos.

4° El poseedor de mala fe al usucapir se libera de la obligación de devolver los frutos percibidos después de haber comenzado la posesión. Y,

5° La fecha decisiva para poder determinar en su caso si el bien pertenece o no la comunidad conyugal del usucapiente, es la fecha en que comenzó la posesión.

III. *Por respeto a consideraciones de moralidad y decencia*, la adquisición está sometida a la voluntad del usucapiente en dos aspectos:

1° El usucapiente tiene la carga de invocar la prescripción adquisitiva cumplida en su favor sin que el Juez pueda suplirla de oficio (C.C., art. 1956), y

2° El usucapiente puede renunciar a la prescripción con sujeción a las siguientes normas:

A) Se puede renunciar a la *prescripción después de adquirida*, o sea, una vez vencido el lapso establecido para ella; pero no antes (C.C., art. 1954). Sin embargo, la renuncia anticipada vendría a constituir un reconocimiento del derecho ajeno que si bien no vale como renuncia a la prescripción, en cambio, la interrumpe.

B) Para renunciar a la prescripción se necesita *capacidad o poder para enajenar* (C.C., art. 1955), aun cuando la renuncia no sea realmente un acto traslativo sino meramente abdicativo.

C) La renuncia a la prescripción *no es una liberalidad*, de modo que no está sujeta a las reglas de fondo ni de forma propias de las liberalidades.

D) Por su forma, la renuncia de la prescripción puede *ser expresa o tácita* (C.C., art. 1957). La renuncia expresa resulta de toda manifestación directa de la voluntad de no aprovecharse de la prescripción sin que la ley exija para ello una fórmula especial. La renuncia tácita no se presume; pero resulta de todo hecho que sea manifiesta e inequívocamente incompatible con la voluntad de hacer uso de la prescripción.

E) Aun cuando el usucapiente renuncie a la prescripción, los acreedores o cualquier otro interesado en hacerla valer pueden oponerla (C.C., art. 1958).

IV. Frecuentemente la usucapión opera como una excepción del demandado dirigida a conservar la cosa frente a quien ha ejercido contra él una acción reivindicatoria o, en general, cualquier acción de tutela de los derechos reales. Sin embargo, adherimos al criterio de que la usucapión puede alegarse por vía de acción. Así, por ejemplo, si el usucapiente es privado de la cosa puede reivindicarla haciendo valer su adquisición por vía de prescripción adquisitiva.

El nuevo Código de Procedimiento Civil ha consagrado y establecido un procedimiento especial para el juicio declarativo de prescripción dirigido a obtener la declaración judicial de que el actor es propietario (o titular de cualquier derecho real susceptible de ser adquirido por usucapión), que puede llegar a tener efectos de cosa juzgada absoluta, lo cual constituye una importante novedad en nuestro Derecho[6].

---

6. Con anterioridad la jurisprudencia había llegado a admitir la posibilidad de intentar la acción mero declarativa para que se reconociera que el actor había adquirido por usucapión; pero la sentencia solamente tenía valor de cosa juzgada relativa.

CAPÍTULO XXVII

EL CONTRATO COMO MODO DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD

TRANSMISIÓN CONTRACTUAL Y CONSENSUAL DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO VENEZOLANO. ANTECEDENTES HISTÓRICOS. CRÍTICA DEL SISTEMA.

TRANSMISIÓN CONTRACTUAL Y CONSENSUAL DE LA PROPIEDAD EN EL DERECHO VENEZOLANO

En los Derechos que siguen al modelo napoleónico, el contrato es modo de adquirir la propiedad a título derivativo, o sea, que *constituye un modo de transmitir la propiedad.*

No significa lo dicho que todo contrato transmita la propiedad pues para ello es necesario que concurran tres condiciones:

1° *El contrato debe ser traslativo*, o sea, que debe tener por objeto la transmisión de la propiedad. Tal es el caso de la donación, la venta, la permuta, el mutuo y, a veces, el contrato de obras. En cambio, la transacción no transmite la propiedad sobre las cosas comprendidas en el litigio que precave o extingue, ni la partición transmite la propiedad de las cosas que eran comunes, ya que tanto la una como la otra tienen carácter declarativo en esos aspectos.

2° La transmisión de la propiedad supone además que *la cosa objeto del contrato exista y que sea un cuerpo cierto*, porque es imposible tener la propiedad de lo inexistente o de cosas sólo genéricamente determinadas.

3° Es necesario que las partes no hayan subordinado la transmisión de la propiedad al cumplimiento de una condición o al vencimiento de un término, o que, caso de haberlo hecho así, la condición se haya cumplido o vencido el plazo.

Dadas las tres condiciones enunciadas, la propiedad se transmite en virtud del solo contrato. Ahora bien, como en el Derecho moderno, la regla es que los contratos son consensuales, se dice también que, en las condiciones señaladas, la propiedad se *transmite solo consensu*, principio consagrado expresamente en nuestro Código Civil (art. 1161). Sin embargo, ello no significa que la transmisión contractual de la propiedad sea consensual. Tal es el caso cuando el contrato traslativo, por excepción, no es tampoco consensual, tal como ocurre con el mutuo que es un contrato real y la donación que es un contrato solemne.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA TRANSMISIÓN CONTRACTUAL Y CONSENSUAL DE LA PROPIEDAD

I. Originalmente en el Derecho Romano se admitió que el contrato hiciera nacer entre las partes obligaciones y derechos de crédito; incluso que podía producir para un contratante la obligación de transmitir la propiedad, y para el otro, el derecho de exigir esa transmisión; pero no se admitía que la transmisión se produjera en virtud del solo contrato. Así debía recurrirse a ciertos "modos de transmisión", los cuales eran solemnes en caso de cosas de valor, bastando en los demás la tradición, entendida originalmente como la entrega real y efectiva de la cosa al adquirente. Así el contrato era *un título* para adquirir, en el sentido de que servía de fundamento de la adquisición; *pero no era un modo de adquirir* porque por sí mismo no transmitía la propiedad. Esa concepción se explica por dos razones:

1° La transmisión de la propiedad por el solo contrato, especialmente si éste es consensual, es peligrosa para los terceros, si no va acompañada de correctivos; y

2° En un principio, no era muy neta la distinción entre propiedad y posesión, ni entre propiedad y cosa, de manera que resultaba chocante

admitir que se pudiera transmitir la propiedad sin que la cosa cambiara efectivamente de mano.

II. En la etapa clásica romana ya se había extendido la *traditio* como modo de transmitir la propiedad de toda clase de cosas. Pero como la *traditio*, en el sentido de entrega real y efectiva, en muchos casos obstaculizaba las operaciones económicas, aunque se mantuvo la exigencia de la tradición, se cambió el carácter de la misma. Así aparecieron varias formas de tradición que no implicaban la entrega real y efectiva de la cosa: la *traditio simbolica*, la *traditio longa manu*, la *traditio brevi manu*, la *constitutio possesoria*, etc.

III. En la Edad Media predominó el sistema romano en algunas regiones, mientras que en otras se volvió al antiguo rigor, exigiéndose aún más: la entrega real y efectiva ante el Señor Feudal. Posteriormente, éste fue sustituido por el Notario acompañado por testigos y con el tiempo los Notarios incluyeron como cláusula de estilo la de que se había realizado esa entrega, aunque no fuese cierto.

Posteriormente, llegó a decirse que la *traditio* "sobre papel" equivalía a la tradición real, y más adelante llegó a sobreentenderse la cláusula en los contratos respectivos.

Esta situación de hecho encontró, además, justificaciones teóricas: la escuela subjetiva del Derecho Natural, sostuvo que como la propiedad era distinta de la cosa, era ilógico exigir la *traditio* de la cosa para poder adquirir la propiedad.

IV. Los redactores del Código Napoleónico establecieron el principio de que el contrato, y en realidad el solo consentimiento contractual, era modo de adquirir; pero su concepción no se había desprendido todavía de las ideas anteriores, hasta el punto de que afirmaron que la propiedad se transmitía con el simple consentimiento sin necesidad de *otra clase de tradición*.

V. Dentro de los Códigos que siguieron el modelo Napoleónico, se han formulado principios radicales: la propiedad se transmite por el solo

contrato, sin necesidad de tradición, y como el contrato es, en principio, consensual, se afirma que la propiedad se transmite *solo consensu*. Obsérvese, sin embargo, que la transmisión de la propiedad por el contrato presupone las condiciones arriba señaladas, a las cuales podría agregarse la necesidad de que la cosa perteneciera al contratante que la enajenó. Pero esta condición no es sino un requisito general para todos los modos de adquirir derivativos, y no específico de la transmisión contractual.

CRÍTICA DEL SISTEMA DE LA TRANSMISIÓN CONSENSUAL DE LA PROPIEDAD

La transmisión consensual de la propiedad puede crear graves inconvenientes a los terceros en dos aspectos:

I. Si el enajenante retiene la cosa, es posible que se la ofrezca a un segundo adquirente y que éste la acepte ignorando la anterior enajenación. En nuestro Derecho estos riesgos se evitan, al menos parcialmente, con el sistema del artículo 794 del Código Civil en materia de muebles y con el sistema de publicidad instrumental en materia de inmuebles. En algunas legislaciones modernas se llega a establecer en cambio, que la transmisión de la propiedad no ocurre mientras no se haya hecho la tradición en materia de muebles, o la inscripción en materia de inmuebles, con lo cual han vuelto al principio de que el contrato por sí solo no produce efectos reales sino meramente obligatorios.

II. La transmisión de la propiedad por contrato presupone la validez de éste, y está sujeta a su eventual nulidad o resolución. Es fácil que los terceros ignoren la nulidad o resolución, y que por ello adquieran "a non domino". En este caso, la situación queda satisfactoriamente resuelta, para los muebles, con el artículo 794 del Código Civil; pero no ocurre lo mismo con los inmuebles, porque nuestro Registro no purga ni convalida los vicios del título.

Subsección Segunda:
DERECHOS REALES LIMITADOS

CAPÍTULO XXVIII

TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES LIMITADOS

CONCEPTO. DENOMINACIÓN. CARACTERES. PRINCIPALES CATEGORÍAS. SISTEMÁTICA LEGAL

CONCEPTO

Sabemos ya que todos los derechos reales confieren a su titular un *señorío o poder* inmediato sobre una cosa, en virtud del cual puede decirse que ésta —en mayor o menor medida— *pertenece* a dicho titular. Sabemos también que los diversos derechos reales varían por su contenido, o sea, que atribuyen a su titular diferentes facultades sobre la cosa, de modo que, si todos ellos confieren un señorío e implican una relación de pertenencia, también es cierto *que cada derecho real confiere un señorío de diferente amplitud e implica que la cosa pertenece al titular en diferente medida.*

Ahora bien, esa diferencia de amplitud en el señorío o de grado en la pertenencia, determina una neta distinción entre la propiedad y todos los demás derechos reales. En efecto, la propiedad, en principio y con las salvedades ya conocidas, confiere a su titular todas las facultades posibles sobre la cosa; en cambio, por su misma esencia los demás derechos reales nunca confieren tal plenitud de facultades sino tan sólo facultades limitadas. Así pues, la propiedad, en principio, confiere a su titular un señorío o poder *pleno* sobre la cosa o, dicho de otra manera,

que la cosa, en principio, pertenece a su propietario en todo cuanto pueda pertenecer a alguien. En cambio, los demás derechos reales sólo confieren a sus titulares un señorío *restringido* o, dicho de otra manera, sólo determinan una relación de pertenencia menor, limitada, parcial o fraccionaria. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho de enfiteusis, del usufructo, uso y habitación, de las servidumbres, de la hipoteca y del derecho del acreedor prendario.

Obviamente, cuando sobre una cosa existen uno o más derechos reales distintos de la propiedad, el señorío de la cosa suele quedar compartido entre el titular o los titulares a quienes corresponde el poder restringido propio del derecho real de que se trate y el propietario a quien corresponden todas las facultades sobre la cosa que no sean incompatibles con aquel poder (o aquellos poderes). Naturalmente, dado el carácter elástico de la propiedad, esta restricción de la plenitud de sus facultades desaparecerá en el caso de que el otro derecho real (o los otros derechos reales), lleguen a extinguirse, momento en el cual el propietario recobrará el pleno señorío de la cosa.

Todo lo expuesto explica que los derechos reales distintos de la propiedad sean llamados derechos reales limitados, parciarios, menores o fraccionarios o también derechos reales en cosa ajena o no propia. Pero la denominación de los mismos amerita consideración separada.

DENOMINACIÓN

I. Tradicionalmente en el pasado y aún en parte de la doctrina actual se ha considerado que los derechos reales distintos de la propiedad consisten en facultades del propietario que se han separado del derecho de éste para atribuírselos a otra persona. Esta concepción es fácil de adoptar si se parte de una definición de la propiedad como suma de facultades específicas y si se piensa especialmente en los derechos de usufructo, uso y habitación. En efecto, en tales circunstancias, es tentador pensar, por ejemplo, que si la propiedad es el *ius utendi, fruendi et abutendi*, el derecho de usufructo se configura al quitarle al propietario el *ius utendi et fruendi* para conferírselo a otra persona. Del mismo modo, los demás

derechos se explicarían como una o más de las facultades normalmente inherentes a la propiedad que en el caso concreto han sido separadas de ésta y constituidas en un derecho separado para atribuirlo a otra persona. Nada más propio entonces que denominar "*desmembraciones de la propiedad*" a todos los derechos reales distintos de la propiedad.

Pero aceptar la denominación "desmembración de la propiedad" implica —insistimos— considerar que las facultades propias de los derechos reales distintos de la propiedad son las *mismas* facultades que normalmente componen a ésta y que en cada caso han sido separadas de ella para atribuírselas a otra persona. Ahora bien, tal concepción es inadmisible, entre otras, por las siguientes razones:

1° Contradice la moderna concepción de la propiedad como un señorío o poder unitario que no consiste en una suma de tales o cuales facultades sino que se caracteriza por su plenitud en virtud de la cual, en principio y con las salvedades ya conocidas, confiere a su titular toda facultad posible sobre la cosa, de modo y manera que basta con que sea posible la existencia de una facultad sobre la cosa para que sin más corresponda al propietario. Y,

2° Reduce los derechos reales distintos de la propiedad a simples partes o aspectos del derecho de propiedad cuando no es así, como se verá:

A) A veces, el contenido de los derechos reales distintos de la propiedad está constituido por facultades que *sólo consisten en contradecir las facultades del propietario* y que, por lo tanto, no pueden considerarse comprendidas dentro del derecho de propiedad. Tal es el caso de una servidumbre de no construir en un determinado fundo cuyo contenido es imponer al propietario un deber específico de abstención. Es evidente entonces que ésta no es una facultad del propietario desmembrada de su derecho para atribuírsela a otra persona porque si bien es evidente que la propiedad comprende la facultad de construir o no construir, es igualmente evidente que no comprende la facultad de exigirse a sí mismo el deber de no construir.

B) Otras veces, las facultades propias de los derechos reales distintos de la propiedad *sólo tienen valor si se las considera fuera de la propiedad.* Tal es el caso del derecho de ejecutar judicialmente la cosa para cobrarse un crédito del precio de la misma, como es característico del acreedor hipotecario y del acreedor prendario. Y,

C) En muchos otros casos, las facultades que constituyen el contenido de los derechos reales distintos de la propiedad, aun cuando sean similares a las que normalmente corresponden al propietario, *sólo adquieren entidad propia y distinta cuando se las considera fuera de la propiedad y en contradicción con ella.* Así, por ejemplo, si existe una servidumbre de paso a través de un fundo, la facultad de pasar por él tiene ciertamente entidad propia y distinta; pero esa misma facultad cuando forma parte de la propiedad no tiene ninguna fisonomía especial sino que se confunde dentro del conjunto de facultades de libre aprovechamiento que tiene el propietario.

En consecuencia, pues, los derechos reales distintos de la propiedad no son realmente desmembraciones de ella y no deberían ser denominados así.

II. La denominación *derechos parciarios o fraccionarios* también se presta a sugerir la falsa idea de que los derechos reales distintos de la propiedad no son sino una parte o fracción del derecho de propiedad.

III. Para evitar las confusiones señaladas se ha utilizado la denominación "*derechos reales limitados*", que tampoco es rigurosamente exacta en el sentido de que cuando uno de estos derechos concurre con la propiedad sobre una misma cosa, ambos vienen a ser derechos reales limitados puesto que si aquel derecho es de por sí restringido, lo cierto es que también constriñe la propiedad. Además, la denominación parecería sugerir el error de que el derecho de propiedad no tiene límites.

IV. Otra denominación corriente es la de los "*derechos reales en cosa ajena*". Literalmente, el nombre respondería a la idea de que sus titulares tienen tales derechos sobre cosas cuya propiedad pertenece

a otra persona; sin embargo, es teóricamente posible la existencia de tales derechos sobre cosas que no pertenezcan a nadie (por lo menos si se trata de muebles), caso en el cual no podría hablarse de derechos en cosas ajenas. Por ello y porque en cambio los derechos de que tratamos no pueden existir sobre cosa propia (*neminis res sua servit*), resultaría más exacto denominarlos *derechos sobre cosas no propias* (*iura in re non propia*). No obstante, como el uso de las personas cultas es ley del lenguaje no excluiremos el empleo de las otras denominaciones señaladas que a nadie perjudica si se está consciente de su impropiedad.

CARACTERES

Con finalidades meramente didácticas y, a veces, con cierta arbitrariedad distinguiremos los caracteres de los derechos reales limitados en su aspecto activo, o sea, en cuanto representan facultades de un sujeto sobre cosas no propias, y en su aspecto pasivo, o sea, en cuanto constituyen limitaciones, cargas o gravámenes del derecho de propiedad que pertenece a otra persona.

I. CARACTERES EN SU ASPECTO ACTIVO

1° Los derechos reales en cosa ajena como derechos reales que son, *tienen en común con la propiedad todos los caracteres generales de los derechos reales; pero en algunos aspectos* dichos caracteres se manifiestan en los derechos reales limitados *en forma diferente* a como lo hacen en la propiedad.

A) Evidentemente, los derechos reales en cosas no propias confieren a su titular un poder inmediato sobre una cosa; pero a diferencia de la propiedad, pueden implicar un deber específico de abstención para una persona —precisamente el propietario— (como, por ejemplo, el deber de no construir en un fundo), y aún ciertos deberes positivos consistentes en conductas dirigidas a facilitar al titular del derecho real limitado la obtención de la utilidad que su derecho le permite recabar de la cosa, como ocurre en materia de los llamados "adminículos de la servidumbre".

Sin embargo, debe destacarse que el objeto principal del derecho real en cosa ajena no puede consistir en un hacer personal de nadie ya que entonces la relación no sería real sino personal; los derechos positivos de referencias no pueden ser pues, sino *simples accesorios* del derecho real limitado.

B) En razón de su carácter *absoluto, a todos los derechos reales corresponde un deber negativo* a cargo de todos los no titulares, de abstenerse de impedir o dificultar el ejercicio del derecho. En la propiedad ese deber no tiene más trascendencia frente a una persona que frente a otra. En cambio, en los demás derechos reales la importancia de ese mismo deber negativo general se acentúa frente al propietario quien sería la persona dotada de mayores posibilidades e interés de impedir o dificultar el ejercicio del derecho, de modo que, *en cierto modo, puede hablarse* de la existencia *de un deber negativo particularizado a cargo del propietario.*

C) Los derechos reales implican el *derecho de persecución* de la cosa. Pero en el caso del propietario ese derecho está dirigido contra los no propietarios, mientras que en el caso de los derechos reales en cosa ajena la reipersecutoriedad se manifiesta tanto contra el propietario actual como contra el nuevo adquirente como contra cualquier tercero que al entrar en relación con la cosa le impida o menoscabe su derecho.

D) Como todos los derechos reales, también los derechos reales en cosa ajena son "*típicos*" en el sentido de que la voluntad de los particulares no puede crear figuras nuevas ni distintas de las reguladas por la ley, lo que significa que son taxativos en su número y en su tipo; pero también son típicos en cuanto que la voluntad privada no puede alterar los rasgos fundamentales de la regulación de estos derechos, sobre todo en cuanto que no puede crear sobre la propiedad gravada por ellos una carga mayor de la que resulta de la ley. Pero el campo que el legislador deja a la autonomía de la voluntad en la reglamentación de los derechos reales en cosa ajena es, a veces, mucho más amplio que en la propiedad. El ejemplo más característico lo constituyen las servidumbres.

2° El derecho real limitado supone para el propietario un "*pati*", o sea, un *deber de tolerar o soportar el ejercicio de aquél* sobre la cosa;

y puede imponerle también, como queda dicho, un deber específico de abstención y aún ciertos deberes positivos; pero que sólo recae sobre el bien sobre el cual está constituido dejando intactos los demás bienes del propietario.

3° Aún cuando necesariamente no sea así, de ordinario, los derechos reales limitados *suponen la existencia de una propiedad ajena a la cual gravan; pero, en todo caso, dichos derechos reales, una vez constituidos sobre la cosa, tienen cierta autonomía* en relación con el derecho de propiedad que pueda existir sobre el bien gravado. Así, por ejemplo, la ulterior transferencia, modificación, gravamen o extinción del derecho de propietario no afectan al titular del derecho real limitado.

4° *Ninguno de los derechos reales en cosa ajena es esencialmente perpetuo.* Algunos son perpetuos por su naturaleza como la enfiteusis y las servidumbres; otros, como el usufructo son esencialmente temporales.

5° Casi siempre el derecho real limitado confiere el *ius possidendi.*

6° *Los derechos reales en cosa ajena, además de estar protegidos por acciones petitorias, pueden* en su caso *ser defendidos* con *acciones posesorias.*

7° Aún cuando varían de uno a otro, los *modos de adquisición de los derechos reales en cosa ajena pueden ser tanto originarios como derivativos*, tal como ocurre con la propiedad. Pero todos los modos de adquisición derivativos son inicialmente derivativos-constitutivos y no derivativos-traslativos en cuanto que si bien su titular adquiere el derecho real limitado del propietario (o del titular de otro derecho real), que es su causante, éste no le transmite lo que tiene sino que crea el derecho limitado *ex novo* en la persona del titular del mismo. Naturalmente, una vez creado el derecho real limitado su titular sí puede transmitirlo a otra persona, salvo las prohibiciones legales.

8° Si bien los modos de extinción de los derechos reales en cosas no propias son similares a los modos de extinción de la propiedad, sin

embargo, *algunos se extinguen por el no uso y además existe un modo de extinción particular de los derechos limitados, la consolidación*, que ocurre cuando se reúnen en un mismo sujeto dos cualidades incompatibles (como, por ejemplo, la de propietaria y usufructuaria de una misma cosa).

9° La *extinción de los derechos reales en cosa ajena* produce la expansión de la propiedad en el sentido de que determina el uso de la limitación que para el propietario representaba la existencia del derecho ajeno.

II. CARACTERES EN SU ASPECTO PASIVO

1° En su aspecto pasivo, los derechos reales en cosa ajena son *limitaciones de la propiedad puesto que todos ellos* —aun cuando en distinta medida— *restringen la plenitud de facultades del propietario.*

Ya hemos indicado en qué consiste esa limitación y como sólo afecta al bien sobre el cual está constituido el derecho real limitado. Pero conviene destacar que en torno a este carácter se plantean cuestiones de política legislativa. En efecto, el legislador parte del principio de que conviene al interés general que la propiedad no esté excesivamente gravada con cargas reales por el peligro de que las mismas entorpezcan o impidan el normal ejercicio de la propiedad con perjuicio para la producción en general; en algunos casos por disminución de la rentabilidad de la cosa y, en otros, por agotamiento prematuro de ésta. Sin embargo, el mismo legislador hace excepciones al principio especialmente cuando considera que la limitación favorece el aprovechamiento de un fundo sin sacrificio de otro o incluso con sacrificio de otro. Así se explica que la ley vea con buenos ojos la enfiteusis (que se considera favorable al fundo enfiteútico sin implicar sacrificio de ningún otro fundo) y las servidumbres (que se consideran favorables al fundo dominante aunque impliquen sacrificio para el fundo sirviente). En cambio la atribución de beneficios semejantes no aparece en el usufructo, uso y habitación. Dicho sea de paso, el principio arriba indicado es acogido por el legislador tanto para los

inmuebles como para los muebles aunque en doctrina se lo llame a veces "principio general de la libertad inmobiliaria".

2° Así mismo desde el punto de vista pasivo, *los derechos reales en cosa ajena se distinguen por su inherencia a la cosa, de modo que la sujeción de ésta a la carga o gravamen pesa sobre cualquiera que sea propietario, incluso sobre cualquier adquirente.* Por ello se dice que todos los derechos reales limitados son *pasivamente ambulatorios.* En cambio, conviene advertir que no es carácter general de todos esos derechos la inherencia y ambulatoriedad desde el punto de vista activo. Sobre ello se insistirá al distinguir las servidumbres de otros derechos reales limitados.

PRINCIPALES CATEGORÍAS

Sin pretender presentar una clasificación completa de los derechos reales en cosa ajena, tarea que implicaría entrar en cuestiones que exceden los límites de este curso, debemos señalar que existen unos derechos reales limitados *que permiten realizar actos de utilización directa de la cosa y otros que sólo tienden a asegurar a un acreedor el cumplimiento de una obligación.* Así podrían señalarse dos categorías principales de derechos reales limitados: los derechos reales *de goce* (en el sentido amplio de la palabra) y los derechos reales *de garantía*, a las cuales conviene agregar otra: los derechos reales *de adquisición*.

Pero, en realidad, dentro de la primera categoría se agrupan derechos que presentan grandes diferencias entre sí: la enfiteusis, el usufructo, uso y habitación, y las servidumbres (prescindimos por ahora del hogar cuya naturaleza examinaremos más adelante). En efecto, entre los derechos reales de goce existe una primera diferencia: unos facultan a una persona pura y simplemente, *nominatim*, para realizar actos de utilización directa de una cosa de la cual no es dueña (enfiteusis, usufructo, uso y habitación), mientras que otros confieren facultades a una persona en tanto en cuanto es propietaria de un fundo (las servidumbres).

Esa diferencia sirvió de base a la antigua distinción entre las llamadas servidumbres personales (establecidas en favor de una persona) y las prediales (establecidas en provecho directo de un fundo y por tanto atribuidas a cualquier persona que fuere o llegare a ser propietaria de éste precisamente en su carácter de propietaria). La doctrina moderna ha ido más lejos y al constatar que además existían otras profundas diferencias entre las llamadas servidumbres personales y las prediales, prefirió limitar la extensión del concepto de servidumbre y reservar esta denominación a las que tradicionalmente se habían llamado servidumbres prediales.

Por otra parte, aun cuando la enfiteusis se establece en favor de una persona, lo mismo que los derechos de usufructo, uso y habitación, lo cierto es que no debe ser englobada en una misma categoría con ellos por las profundas diferencias de reglamentación entre unos y otros.

Así, hoy en día, repetimos las principales (no todas) categorías de derechos reales limitados son:

1° *Los derechos reales de goce*, entre los cuales se distinguen:

A) El derecho del enfiteuta;

B) Los derechos de usufructo, uso y habitación (seguimos prescindiendo del hogar), y

C) Las servidumbres, aún cuando para ser exactos debemos advertir que ciertas servidumbres, como por ejemplo la de no construir, propiamente hablando, no confieren a su titular un goce sobre la cosa sino un poder de privación frente al propietario.

2° *Los derechos reales de garantía* en cuya enumeración y clasificación no entramos porque no corresponde al presente curso. Bastará pues recordar que los principales derechos reales de garantía son la hipoteca y la prenda mientras que, la anticresis, de acuerdo con el criterio al cual adherimos, no hace nacer ningún derecho real en nuestro ordenamiento jurídico.

3° *Los derechos reales de adquisición* de los cuales el ejemplo más típico es el derecho de retracto, los cuales tampoco son materia de este curso.

SISTEMÁTICA LEGAL

I. Prescindiendo de los derechos reales de garantía y de adquisición por los motivos expuestos, la ley trata de los derechos de goce así:

1° La enfiteusis está regulada a continuación de la venta y la permuta como un contrato por el cual se constituye el derecho real del enfiteuta.

2° El usufructo, el uso, la habitación, el hogar y las servidumbres están reguladas por el Título III del Libro Segundo que se denomina "De las limitaciones de la propiedad". Dentro de este título, el Capítulo I se contrae al usufructo, uso, habitación y hogar, mientras que el Capítulo II trata "De las limitaciones legales a la propiedad predial y de las servidumbres prediales".

II. Desde luego esa sistemática se presta a muchas críticas, entre las cuales destacan las siguientes:

1° La regulación del derecho del enfiteuta no está bien ubicada en cuanto que dicho derecho puede nacer de otras fuentes distintas del contrato.

2° El hecho de ubicar el usufructo, uso, habitación, hogar y las servidumbres dentro de las limitaciones de la propiedad olvida la necesidad de destacar el aspecto positivo o afirmativo de tales derechos, que no sólo limitan el derecho del propietario sino que, por otra parte, atribuyen facultades sobre la cosa a una persona distinta del propietario.

3° No se justifica agrupar las servidumbres con las limitaciones legales de la propiedad predial, aún cuando tengan en común el aspecto

negativo de restringir los poderes del propietario, dadas las numerosas diferencias que existen entre ambas figuras jurídicas y que se destacarán al estudiar las servidumbres.

Pasamos por alto ahora lo que pudiera decirse en relación con el hogar.

CAPÍTULO XXIX

USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN

GENERALIDADES. USUFRUCTO: CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA, USUFRUCTO Y ENFITEUSIS, DURACIÓN, OBJETO, CONSTITUCIÓN, DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO Y DEL NUDO PROPIETARIO, EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO Y ACCIONES EN MATERIA DE USUFRUCTO. USO Y HABITACIÓN

GENERALIDADES SOBRE USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN

I. NOMENCLATURA Y SISTEMÁTICA

1° *En otros tiempos*, se daba el nombre de servidumbres a todos los derechos reales de goce en cosa ajena, excepto la enfiteusis. En efecto, todos tienen en común el hecho de gravar una cosa en favor de alguien que no es su dueño. Ahora bien, entre esas servidumbres se distinguían: las servidumbres personales que eran los gravámenes establecidos en favor de una persona determinada *nominatim* (en concreto, los derechos de usufructo, uso y habitación) y las servidumbres prediales que eran los gravámenes impuestos en beneficio de la persona que fuera propietaria de un determinado fundo. La enfiteusis no se incluía en la clasificación debido a su peculiar naturaleza jurídica.

2° En nuestro Derecho, *actualmente el concepto de servidumbre ha quedado reducido a las que antes se denominaban servidumbres prediales,* de modo que hoy en día hablar de servidumbre predial resulta pleonástico y llamar servidumbres o servidumbres personales a los derechos del usufructo, uso y habitación representa apartarse injustifi-

cadamente de la terminología del legislador. Desgraciadamente, falta una denominación para distinguir la categoría que por tener varios caracteres comunes forman los derechos de usufructo, uso y habitación.

II. CARACTERES COMUNES

1° Los derechos de usufructo, uso y habitación *desde el punto de vista pasivo*, o sea, en cuanto constituyen *gravámenes se distinguen por su inherencia a la cosa.*

2° Los derechos en cuestión *son pasivamente ambulatorios*.

3° En cambio, desde el punto de vista activo la titularidad de los derechos de usufructo, uso y habitación se determina *nominatim*, o sea, en función de una persona, independientemente de que esta sea propietaria de una cosa determinada. Por ello si el derecho es transmisible y su titular lo cede, el derecho del cesionario depende del derecho del cedente (especialmente en su duración).

Por cierto, es errónea la creencia de que todos esos derechos son necesariamente *intuitus personae*: si lo fueran nunca serían transmisibles.

4° Los derechos de usufructo, uso y habitación son *esencialmente temporales*, aunque no sea necesario que se establezcan por tiempo "determinado". Así, por ejemplo, si bien no pueden ser perpetuos, sí pueden ser vitalicios.

5° Los derechos en cuestión *dan derecho a entrar en posesión de la cosa gravada*, ya que sin ello no podrían ejercerse.

6° Salvo el derecho de habitación, los derechos de que tratamos pueden gravar indistintamente bienes muebles o inmuebles.

III. FUNCIÓN ECONÓMICA E INTERESES EN JUEGO

Los derechos de usufructo, uso y habitación comprimen en diversos grados el derecho de propiedad permitiendo en simple interés privado

que un no propietario realice actos de utilización de la cosa. Por ello si fueran perpetuos podría decirse que en cierta medida el derecho del propietario ya no cumpliría su función económica, se obstaculizaría la realización de mejoras en la cosa y se trabaría la circulación de los bienes. Es precisamente *por todo ello que la ley les ha dado el carácter de derechos esencialmente temporales.*

Pero a su vez al tener el derecho carácter temporal, resulta que su titular tiene un interés predominante en el beneficio actual y próximo de la cosa y no en el que pueda tener después de la extinción de su derecho. De allí nace una situación de conflicto entre el titular de cualquiera de los derechos de que tratamos y el propietario de la cosa (nudo propietario), quien evidentemente sí tiene interés en que al cesar el derecho del usufructuario, usuario o beneficiario del derecho de habitación, la cosa conserve su productividad. En ese conflicto, por razones obvias, el legislador suele preferir al nudo propietario.

IV. CARÁCTER DE LA REGLAMENTACIÓN LEGAL

Claramente expresa la ley el principio de que las normas en la materia son *supletorias* cuando establece que "Los derechos de usufructo, uso y habitación se regulan por el título, supliendo la ley únicamente en cuanto no provee el título, salvo los casos en que ella disponga otra cosa" (C.C., art. 582).

USUFRUCTO

I. CONCEPTO LEGAL Y FUNCIÓN ECONÓMICA

1° La Ley define al usufructo como "el derecho real de usar y gozar temporalmente de las cosas cuya propiedad pertenece a otro, de la misma manera que lo haría el propietario" (C.C., art. 583).

Esa definición señala adecuadamente el carácter real del derecho de usufructo, el hecho de que ha de recaer en cosa ajena y su temporalidad;

lidad; *pero no su contenido*. En efecto, la ley es poco feliz de afirmar que el derecho de usufructo es el derecho de "usar y gozar de una cosa de la misma manera que lo haría el propietario", puesto que el uso y goce del usufructuario no son tan extensos como los del propietario. En efecto, además de varias limitaciones legales específicas que tiene el usufructuario en su uso y goce, existe la limitación general de que debe salvaguardar *el destino económico de la cosa* tal como resulta de la voluntad del propietario o de la naturaleza de la cosa. Esta limitación general, expresada quizá con diverso matiz, responde en el fondo al principio romano de que el uso y goce del usufructuario debía ser *salva rerum substantia* como expresamente lo consagraba nuestro Código de 1922.

2° En consecuencia, económicamente, el usufructo confiere derecho al *rédito* de la cosa, pero sólo a ese "rédito". Por lo mismo, así como el usufructuario tiene mayor interés en las variaciones de productividad que en las variaciones de valor de la cosa, todo lo contrario ocurre con el nudo propietario.

3° Por lo demás, hay que tener en cuenta, que existe la figura del *cuasi usufructo, usufructo anómalo* o *usufructo de disposición,* de la que trataremos *infra* y que también regula la ley llamándolo usufructo, a pesar de que no responde a su propia definición de usufructo; pero que, en cierto modo, cumple la misma función económica.

II. NATURALEZA JURÍDICA

1° El usufructo es evidentemente un derecho real de goce en cosa ajena siendo *insostenible* el intento de considerarlo como una propiedad temporal. En efecto, es patente que la ley lo concibe como un derecho contrapuesto a la propiedad y que su existencia no suspende todos los derechos del propietario ya que, como veremos, ni siquiera suspende todos los derechos de éste en relación con el uso y goce de la cosa.

2° El usufructo puede ser *mueble* o *inmueble* según la cosa sobre la cual recae.

3° En principio, es un derecho *transmisible* y,

4° Como ya se ha dicho es *esencialmente temporal.*

III. USUFRUCTO Y ENFITEUSIS[1]

Ambos derechos se diferencian netamente en los siguientes aspectos:

1° El usufructo a diferencia de la enfiteusis *no impone la obligación de mejorar la cosa.*

2° El usufructo *no supone necesariamente el pago de una contraprestación periódica al propietario,* como lo impone la enfiteusis.

3° El usufructo *puede versar sobre muebles o inmuebles* mientras que no existe enfiteusis sino sobre inmuebles.

4° El usufructo sólo atiende el *interés privado del usufructuario* mientras que la enfiteusis favorece intereses generales de la explotación económica.

5° Vinculado a lo anterior, la enfiteusis por regla general es perpetua mientras que *el usufructo por esencia es temporal.*

IV. DURACIÓN

1° *Límite máximo*. Como se ha dicho el usufructo no puede ser perpetuo sino que, por esencia, su duración está limitada a un máximo que señala la ley así:

A) Si el usufructo se constituye a término determinado, éste no podrá exceder de 30 años (C.C., art. 619, ap. 2°). B) Si en cambio se lo constituye a término indeterminado es necesario hacer una distinción:

1. Léanse los artículos 1.565 y ss. del Código Civil.

a) Si el derecho se constituye a favor de persona jurídica, su duración máxima es de 30 años (C.C., art. 584, ap. últ., últ. disp.); y

b) Si el derecho se constituye a favor de personas naturales, el máximo será la duración de la vida del usufructuario (C.C., art. 584, ap. últ. disp.), salvo en el caso de disfrute sucesivo a favor de varias personas. En este último caso el usufructo subsistirá hasta la muerte del último titular en el entendido de que esta clase de usufructo sólo beneficia a las personas que existan cuando se abre el derecho del primer titular (C.C., art. 584, ap. 2° y 3°). Así, por ejemplo, si se constituye un usufructo vitalicio y sucesivo a favor de A, B y C, a la muerte de A, el derecho subsistirá hasta la muerte de B y luego de C (por supuesto si no han muerto antes); pero a su vez la ley exige que B y C existieran ya en el momento en que se abrió el derecho de A. Sin esta limitación el usufructo podría resultar perpetuo o al menos demasiado largo.

2° "*Presunción de duración.* A falta de estipulación en contrario el usufructo constituido en favor de personas físicas se entiende constituido por toda la vida del usufructuario (C.C., art. 584, ap. últ., 1ª disp.).

V. OBJETO

El usufructo puede recaer sobre cualquier especie de bienes muebles o inmuebles (C.C., art. 584), singulares o universales, corporales o incorporales, consumibles o no.

Sólo es de advertir que el usufructo constituido sobre cosas consumibles es un *cuasi usufructo, usufructo anómalo o usufructo de disposición,* figura de la que trataremos *infra.*

Es posible constituir un usufructo *sobre un crédito.* En este caso el usufructuario será quien tiene derecho a los frutos civiles si existen (p. ej. y en concreto, a los intereses del crédito en cuestión) y a las cuotas de participación si se trata de obligaciones de ejecución continuada o periódica. No debe verse en este caso la figura de un derecho sobre otro derecho sino de una concurrencia de derechos frente al deudor cuyo

ejercicio corresponde a diversas personas (el acreedor y el usufructuario del crédito).

Conviene tener presente que también *los derechos de autor son susceptibles de usufructo.* Si el usufructo está constituido específicamente sobre dichos derechos, el usufructuario está facultado para divulgar la obra y escoger los medios de esa divulgación, salvo pacto en contrario. En cambio, cuando resulta de un testamento que no tenga disposición específica acerca de la obra o cuando ésta queda comprendida en una cuota usufructuaria, los causahabientes del autor deberán prestar su consentimiento para la divulgación y para decidir la forma de llevarla a cabo (Ley de Derechos de Autor..., art. 19).

VII. CONSTITUCIÓN

1° Dice la ley que: "El usufructo se constituye por la ley o por la voluntad del hombre" (C.C., art. 584). En realidad es dudoso que la frase "por la voluntad del hombre" abarque además del negocio jurídico, la usucapión; pero lo que no es dudoso es que el usufructo puede adquirirse por usucapión.

2° El único caso de usufructo que entre nosotros se constituía por la ley era el usufructo del padre y la madre sobre los bienes de sus hijos sometidos a su patria potestad; pero, como la Reforma del Código efectuada en 1982 suprimió ese derecho de usufructo paterno ya no existe en nuestro ordenamiento ningún caso de usufructo legal.

3° Cuando dice la ley que el usufructo puede constituirse por "voluntad del hombre" evidentemente se refiere al caso de usufructos constituidos por negocios *jurídicos*, que, a su vez pueden ser de diferente naturaleza.

A) Puede constituirse usufructo por *testamento*, caso en el cual puede tratarse de un usufructo *hereditario* (p. ej. en un testamento puede disponerse que se deja a alguien el usufructo de todos los bienes del testador o de una cuota de todos esos bienes) o de un legado de usufructo (p.

ej. también puede disponer el testador que deja a una persona el usufructo de uno o más bienes determinados).

B) También puede constituirse el usufructo por *contrato*, sea oneroso, sea a título gratuito.

En principio, el contrato constitutivo de usufructo es consensual, aunque verse sobre inmuebles, caso en el cual está sujeto a las mismas reglas de publicidad que los contratos traslativos de la propiedad (C.C., art. 1920, ord. 1° y 2°). Sin embargo, el contrato puede ser solemne por su "tipo" (por ej.: la donación del usufructo es solemne precisamente por tratarse de una donación).

Por contrato, se puede constituir el usufructo: a) constituyendo el usufructo y reservándose la propiedad; b) enajenando la cosa y reservándose el usufructo; o c) transmitiendo a alguien la propiedad a la vez que se constituye usufructo a favor de otro.

4° El usufructo puede adquirirse por *usucapión* conforme a las normas que rigen la adquisición de la propiedad por usucapión. Naturalmente presupone una posesión a título de usufructuario y no de propietario.

VIII. DERECHOS DEL USUFRUCTUARIO

1° El usufructuario *tiene derecho a poseer la cosa* para poder ejercer su derecho, aunque debe previamente cumplir ciertas obligaciones.

2° Tiene asimismo el *derecho de usar y gozar* de la cosa aunque este derecho es más limitado que en el caso del propietario.

A) En materia de *goce* existen ciertos preceptos generales:

a) "Pertenecen al usufructuario todos los frutos naturales o civiles de la cosa usufructuaria" (C.C., art. 585).

b) Los *frutos naturales* que al principiar el usufructo no estén desprendidos pertenecerán al usufructuario; y los que no lo estén todavía, cuando termine el usufructo, pertenecerán al propietario, sin derecho en ninguno de los dos casos a la indemnización de los trabajos o de las semillas (C.C., art. 586).

c) En cambio "Los *frutos civiles* pertenecen al usufructuario en proporción de la duración del usufructo" (C.C., art. 587).

d) El usufructo *de una renta vitalicia* da al usufructuario el derecho de cobrar las pensiones día por día durante su usufructo en el entendido de que el usufructuario deberá restituir siempre lo que hubiere cobrado anticipadamente" (C.C., art. 588).

B) Además la Ley trae normas especiales relativas al goce de ciertas categorías de cosas:

a) "Si el usufructo comprende *cosas de que no puede hacerse uso sin consumirlas*", como dinero, granos, licores, el usufructuario tiene derecho de servirse de ellas, con la obligación de pagar su valor al terminar el usufructo, según la estimación que se les haya dado al principio del mismo (C.C., art. 589, encab.).

"Si no se hubiere hecho tal estimación, podrá optar entre restituir las cosas en igual cantidad y calidad o pagar su precio corriente a la cesación del usufructo" (C.C., art. 589, ap. único). Es ésta la figura típica del cuasi usufructo, usufructo anómalo o usufructo de disposición, que confiere al usufructuario no sólo el derecho de usar y gozar sino también el poder de disponer de la cosa, la cual no es restituida sino por equivalente (en especie o en dinero).

b) Si el usufructo comprende *cosas que, sin consumirse por el primer uso, se deterioran gradualmente con él,* "el usufructuario tiene derecho de servirse de ellas dándoles el uso a que están destinadas, quedando obligado únicamente a restituirlas al término del usufructo, en el estado en que se encuentren, con la obligación, sin embargo, de indemnizar al propietario del deterioro proveniente del dolo o culpa del usufructuario" (C.C., art. 590).

c) Si el usufructo comprende *monte tallar,* el usufructuario está obligado a observar en el orden y en la cantidad de las talas o cortes, la práctica constante de los antiguos propietarios; pero no tendrá derecho a compensación por los cortes que no haya ejecutado durante el usufructo" (C.C., art. 591)[2].

d) El usufructuario, conformándose a las épocas y prácticas de los antiguos propietarios, podrá también aprovecharse de las *partes del monte alto*[3] *que se hayan distribuido en cortes regulares,* "bien se hagan éstas periódicamente en cierta extensión de terreno, o bien limitadas a cierta cantidad de árboles tomados indistintamente en toda la superficie del fundo (C.C., art. 592). En los demás casos no podrá el usufructuario cortar el monte alto, salvo que se trate de árboles esparcidos por el campo, que por costumbre local estén destinados a ser periódicamente cortados" (C.C., art. 593).

e) Podrá el usufructuario emplear para las reparaciones que estén a su cargo *los árboles caídos o arrancados por accidente.* Con este fin podrá también hacerlos derribar, si fuere necesario; pero tendrá la obligación de comprobar la necesidad al propietario (C.C., art. 594). Ya ahora no se trata de árboles en conjunto sino de árboles aislados.

f) *Los árboles frutales y los plantados para sombra* "que perezcan, o que hayan sido derribados o arrancados por accidente, pertenecerán al usufructuario, el cual tendrá la obligación de hacerlos sustituir con otros" (C.C., art. 595).

---

2. Se entiende por "monte tallar" aquél que por su naturaleza o costumbre generalizada de los lugares donde están situados, se destinan a producir rentas (enriquecimientos regulares y periódicos: p. ej. ingresos semestrales, anuales, etc. por cortes periódicos de parte de sus árboles). Obsérvese que el monte se considera tallar independientemente de que su propietario lo haya explotado o no. En uno y otro caso, el usufructuario puede aprovecharse de él, en las condiciones señaladas por la ley.
3. El "monte alto" es el que no puede considerarse destinado a producir rentas ni por su naturaleza, ni por las costumbres y entonces la regla es que no puede ser cortado (porque se iría contra el destino económico de la cosa); pero si de hecho realmente los antiguos propietarios lo distribuyeron en cortas regulares, debe considerarse que está destinado a producir rentas por voluntad del propietario y por ello el usufructuario, en ese caso, puede hacer cortes con la limitación que establece la ley.

g) Los *pies de una almáciga*[4] "forman parte del usufructo, con la obligación para el usufructuario de observar las prácticas locales, en cuanto a la época y modo de hacer uso de ellos y de reponerlos" (C.C., art. 596).

3° El usufructuario tiene la facultad *de disponer de su propio derecho*. Así "puede donar, ceder o arrendar su derecho de usufructo; pero quedará responsable de la cosa usufructuada por culpa o negligencia de la persona que le sustituya" (C.C., art. 597).

El Código regula la duración de los arrendamientos consentidos por el usufructuario, materia que se estudia en la asignatura "Contratos y Garantías".

4° "El usufructuario goza de los *derechos de servidumbre inherentes al fundo respectivo* y, en general, de todos los que podían competer al propietario" (C.C., art. 599, encab.).

5° El usufructuario "*Goza de las minas y canteras abiertas y en ejercicio al tiempo* en que comience el usufructo" (C.C., art. 599, ap. 1°); pero "no tiene derecho sobre el tesoro que se encuentre durante el usufructo, salvo la parte que pueda pertenecerle como inventor" (C.C., art. 599, ap. últ.)[5].

6° La regla es que al finalizar el usufructo, el usufructuario no tiene derecho a pedir indemnización por las *mejoras* que haya hecho aunque hayan aumentado el valor de la cosa (C.C., art. 600, encab.); pero es de observar que:

---

4. Almáciga es el lugar donde se siembran las semillas de las plantas para trasladarlas después a otro sitio. Pie de la almáciga son los árboles ya nacidos y susceptibles de ser trasladados a otro sitio. Lo ordinario es que de hecho se siembren muchos árboles en poco espacio para atenderlos mejor (regarlos, abonarlos, etc.), y más fácilmente hasta que ya asegurada la germinación y supervivencia se los planta en otros sitios, mucho más distanciados entre sí para que cada uno pueda desarrollarse sin dañar a otro o a otros.
5. Aquí la palabra "inventor" designa a quien descubre el tesoro.

A) "El aumento de valor puede, sin embargo, *compensar los deterioros* que haya padecido la cosa sin culpa grave del usufructuario" (C.C., art. 600, ap. 1°), y

B) Cuando no haya lugar a esa compensación, podrá el usufructuario *extraer las mejoras* si puede hacerse esto en provecho propio, y sin deterioro de la cosa, a no ser que el propietario prefiera retenerlas, reembolsando al usufructuario el valor que pudieran tener separándolas (C.C., art. 600, últ. ap.).

VIII. OBLIGACIONES DEL USUFRUCTUARIO

1° Obligaciones antes de entrar en ejercicio de su derecho.

El usufructuario tiene obligaciones que tienden a facilitar la prueba del objeto de su obligación de restituir al término del usufructo así como a garantizar el cumplimiento de esa obligación.

A) *Inventario*. La regla general es que: "El usufructuario tomará las cosas en el estado en que se encuentren, previo inventario y descripción de los muebles e inmuebles sujetos al usufructo, con citación del propietario". En consecuencia, en general, es el propio usufructuario quien debe proceder a efectuar el inventario; pero debe citarse al propietario para que tenga oportunidad de objetar cualquier afirmación u omisión que pudiera perjudicarlo (C.C., art. 601, ap. 1°).

Ahora bien, por excepción, cuando se haya relevado al usufructuario de esa obligación —dispensa que debe ser expresa— "el propietario tendrá derecho a que se lleven a cabo el inventario y la descripción"; pero entonces ello se hará "a sus expensas" (C.C., art. 601, ap. últ.).

El inventario por parte del usufructuario tendrá valor de confesión extrajudicial que sólo puede impugnarse por error de hecho.

La falta de inventario no hace presumir que el usufructuario recibió las cosas en buen estado.

B) *Caución*. La regla general es que el usufructuario al comienzo de su derecho debe dar caución de hacer uso de sus derechos como un buen padre de familia, a no ser que el título por el cual se le constituyó en usufructuario (testamento, contrato...) lo dispense de ello" (C.C., art. 602, encab.). Por excepción, quien dona un bien a otro; pero se reserva para sí mismo el usufructo del bien donado, no está obligado a dar caución (C.C., art. 602, ap. 1°).

a) Pero aún ese donante y los demás usufructuarios que inicialmente no estuvieron obligados a dar caución de acuerdo con lo expuesto podrán ser obligados a darla cuando por haber desmejorado su situación económica el Tribunal encuentre justificada esa medida (C.C., art. 602, ap. ult.).

b) Si el usufructuario obligado a dar caución al inicio de su usufructo o después, no puede dar ninguna que sea suficiente, la situación no extingue el usufructo sino que éste pasa a ejercerse dentro de un régimen legal especialmente protector de los intereses del nudo propietario.

a') "Los inmuebles se arrendarán o se pondrán bajo administración, salvo la facultad del usufructuario de hacerse señalar para su propia habitación una casa comprendida en el usufructo" (C.C., art. 603, ap. 1°), excepción que no aparece abarcar el caso de que se tratara de un usufructo constituido solamente sobre una casa. Por "casa" debe entenderse, hoy en día, "vivienda" en general.

b') "El dinero comprendido en el usufructo se colocará a interés" (C.C., art. 603, ap. 2°).

c') "Los títulos al portador se convertirán en nominativos a favor del propietario con anotación del usufructo" (C.C., art. 603, ap. 3°).

d') "Los géneros se venderán y su precio se colocará igualmente a interés" (C.C., art. 603, ap. 4°).

e') En los casos anteriores "pertenecerán al usufructuario los intereses de los capitales, las rentas y las pensiones de arrendamiento" (C.C., art. 603, ap. últ.).

f') Si lo pidiere el propietario podrá acordarse la venta de "los muebles que se deterioran con el uso y que su precio se coloque a interés como el de los géneros, gozando el usufructuario del interés" (C.C., art. 604, encab.). Pero los muebles "que sean necesarios para el uso personal del usufructuario y de su familia, se le deberán entregar bajo juramento de restituir las especies o sus respectivos valores, tomándose en cuenta el deterioro proveniente del tiempo y del uso legítimo" (C.C., art. 604, único ap.).

c) "El retardo en dar caución no priva al usufructuario del derecho sobre los frutos" (C.C., art. 605).

d) "El usufructuario puede en todo tiempo, respetando los actos legalmente ejecutados, reclamar la administración, prestando la caución a que está obligado" (C.C., art. 605, único ap.).

2° Obligaciones durante el ejercicio de su derecho

A) *Diligencia.* El usufructuario debe hacer uso de sus derechos como un buen padre de familia (argumento C.C., art. 602, encab.).

B) *Reparaciones. "El usufructuario está obligado a las reparaciones menores y también mayores que se hayan ocasionado por no haber hecho las menores* después de la apertura del usufructo" (C.C., art. 606). *En cualquier otro* caso lo que establece la ley es una *alternativa*: Si las reparaciones las hace (aunque no está obligado a ello), el usufructuario, "tendrá derecho a que se le reembolse, sin interés alguno, el valor de las obras ejecutadas con tal de que subsista su utilidad al tiempo de la cesación del usufructo" (C.C., art. 607). Y si las hace el propietario (que tampoco está obligado a ello), lo hará a sus expensas; pero el usufructuario, durante el usufructo debe pagarle los intereses de lo gastado (C.C., art. 608).

A su vez, "se entiende por obras o reparaciones mayores las que ocurren por una vez o a largos intervalos de tiempo, y que conciernen a la conservación y permanente utilidad de la cosa fructuaria" (C.C., art. 609). Menores son todas las demás.

C) *Ruina.* En este caso, la ley dispone expresamente que las *reglas sobre reparaciones* "se aplicarán también cuando por vejez o caso fortuito", se arruina *solamente en parte* "el edificio que formaba un accesorio necesario para el goce del fundo sujeto al usufructo" (C.C., art. 610). Con mayor razón, deberá procederse si el usufructo sólo se refiere a una edificación cualquiera. En caso que la ruina sea total o parcial; pero por culpa de alguien, el culpable será definitivamente el responsable, sin que en ello influya la existencia de usufructo.

D) *Cargas.* "El usufructuario está obligado durante el usufructo a *soportar las cargas anuales del fundo,* como son las contribuciones, los cánones, y demás gravámenes que, según la costumbre, recaen sobre los fundos" (C.C., art. 611, encab.).

"*Al pago de las cargas impuestas a la propiedad durante el usufructo,* está obligado el propietario; pero el usufructuario le debe pagar el interés de las cantidades satisfechas" (C.C., art. 611, ap. 1°). Es muy difícil distinguir concretamente cuál es una carga impuesta a la propiedad y cuál no. Pero en todo caso, si lo es y el usufructuario anticipa su pago, "tiene derecho a ser reembolsado del capital al fin del usufructo" (C.C., art. 611, ap. últ.).

E) *Deudas.* En esta materia hay una distinción fundamental: Si el usufructo es a título particular o a título universal:

a) "El usufructuario a título particular de una o más cosas, no está obligado al pago de las deudas por las cuales estén hipotecadas, y si hiciere el pago, tiene derecho a que el propietario le indemnice" (C.C., art. 612).

b) El usufructuario a título universal está obligado por completo o en proporción a su cuota, al pago de todas las pensiones a que esté afectada la herencia, y de los intereses de todas las deudas con que esté gravada la misma (C.C., art. 613, encab.).

Si se trata del pago de un capital y el usufructuario anticipa la suma con que deben contribuir los bienes sujetos al usufructo, se le devolverá al término de éste el mismo capital sin intereses (C.C., art. 613, ap. 1°).

Si el usufructuario no quiere hacer esa anticipación, queda a elección del propietario, o pagar la suma, y en este caso el usufructuario debe pagarle los intereses durante el usufructo, o hacer vender una parte de los bienes sujetos a usufructo, hasta concurrencia de la suma debida (C.C., art. 613, últ. ap.).

F) *Pleitos. "El usufructuario está obligado a hacer los gastos de los pleitos relativos al usufructo y a sufrir las condenaciones a que los mismos pleitos den lugar"* (C.C., art. 614, encab.). "Si los pleitos conciernen *tanto a la propiedad como al usufructo,* aquellos gastos y condenación recaerán sobre el propietario y el usufructuario en proporción al respectivo interés" (C.C., art. 614, único ap.).

G) *Notificación.* "Si durante el usufructo un tercero cometiere alguna usurpación en la cosa, o de cualquier otra manera atentare a los derechos del propietario, el usufructuario está obligado a hacérselo saber; y, en caso de omisión, será responsable de todos los daños que por ella le sobrevengan al propietario" (C.C., art. 615).

H) *Usufructo de animales.* Cuando el usufructo versa sobre animales, las situaciones varían:

a) "Si el usufructo está constituido sobre un *animal* que pereciere sin culpa del usufructuario, éste no estará obligado a restituir otro ni a pagar su precio" (C.C., art. 616).

b) "Si el usufructo está constituido sobre *un rebaño, piara u otro conjunto de animales* que perezca enteramente sin culpa del usufructuario, éste sólo estará obligado para con el propietario a darle cuenta de las pieles o su valor" (C.C., art. 617, encab.). Pero "si el rebaño, piara u otro conjunto de animales *no pereciere enteramente,* el usufructuario estará obligado a reemplazar los animales que hayan perecido hasta concurrencia de la cantidad de los nacidos, desde que haya principiado a disminuirse el número primitivo" (C.C., art. 617, ap. único).

c) "Cuando se trate de animales colocados en el fundo sujeto a usufructo y destinados al consumo" se aplicarán las reglas relativas al usufructo de cosas consumibles (C.C., art. 618).

IX. DERECHOS DEL NUDO PROPIETARIO

1° Derechos antes del comienzo del ejercicio del usufructo

El propietario tiene los derechos correlativos a las obligaciones del usufructuario durante ese período y el derecho a exigir (a sus expensas), la elaboración del inventario aunque el usufructuario estuviere dispensado de esta obligación.

2° Derechos durante el ejercicio del usufructo

A) *El nudo propietario* conserva todas las facultades que no sean incompatibles con los derechos del usufructuario. Así puede enajenar o gravar su nuda propiedad, tiene derecho al tesoro, etc.

B) El nudo propietario tiene derecho a que le paguen *intereses* sobre las cantidades que anticipe en los casos de los artículos 608, 610, aparte 1° del 611 y aparte último del 613, del C.C.

C) Puede ejercer *la opción* prevista en el último aparte del artículo 613 del C.C.

D) Tiene derecho a exigir *indemnización* en el caso del artículo 615 del C.C.

E) Puede exigir *cuenta de las pieles o de su valor* en el caso del encabezamiento del artículo 617 del C.C., y de los animales a que se refiere el aparte único del artículo 617 *eiusdem*.

F) Puede solicitar las providencias del artículo 620 del C.C., *en caso de abuso del usufructuario.*

X. OBLIGACIONES DEL NUDO PROPIETARIO

Además de respetar el derecho del usufructuario (C.C., art. 600, encab.), el nudo propietario debe:

1° Hacer el reembolso previsto en el último aparte del artículo 600, si opta por retener las mejoras hechas por el usufructuario.

2° Hacer el reembolso previsto en los artículos 607 y 610 del C.C.

3° Pagar las cargas o los intereses señalados en el artículo 611, aparte 1°, del C.C.

4° Indemnizar al usufructuario que pague las deudas previstas en el artículo 612 del C.C.

5° Devolver el capital al usufructuario en el caso previsto en el artículo 613, aparte 1° del C.C.

6° Correr con los gastos de los pleitos y los efectos de las condenaciones que en ellos recaigan, en la medida en que ello no está a cargo del usufructuario de acuerdo con el artículo 614 del C.C.

XI. EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO

1° Causas de extinción

Si prescindimos del usufructo legal, que ya no existe, el usufructo se extingue:

A) "Por la *muerte del usufructuario* cuando no se ha establecido por tiempo determinado" (C.C., art. 619, ap. 1°). Naturalmente ello presupone un usufructo constituido a favor de persona natural. Además la norma debe conjugarse con la previsión de que si se instituye usufructo en favor de varias personas, en caso de disfrute sucesivo, el usufructo no se extingue sino con la muerte del último beneficiario.

Aunque no lo diga la ley, el usufructo constituido en favor de personas jurídicas, en principio, se extingue al extinguirse éstas.

B) "Por el *vencimiento del tiempo fijado* para su duración, el cual, no podrá exceder, en ningún caso de treinta años" (C.C., art. 619, ap. 2°). A este propósito aclara la ley que "el usufructo constituido hasta que una tercera persona haya llegado a una edad determinada, durará hasta aquél tiempo, aunque la persona haya muerto antes de la edad fijada" (C.C., art. 621).

C) "Por la *consolidación*, o sea, la reunión en la misma persona de las cualidades de usufructuario y propietario (C.C., art. 619, ap. 3°).

D) "Por el *no uso durante quince años*" (C.C., art. 619, ap. 4°).

E) "Por el *perecimiento total de la cosa* sobre la cual fue establecido" (C.C., art. 619, ap. 5°).

a) El simple perecimiento parcial no extingue el usufructo. En efecto, "Si perece solamente parte de la cosa sujeta a usufructo, éste se conserva sobre el resto" (C.C., art. 622).

> "Si el usufructo se estableciere sobre un fundo de que forme parte un edificio y éste se destruyere, el usufructuario tendrá derecho a gozar del área y de los materiales" (C.C., art. 623, encab.).
>
> "Lo mismo sucederá si el usufructo se hubiese establecido sólo sobre un edificio; pero en tal caso, si el propietario quiere construir otro edificio, tendrá derecho a ocupar el área y valerse de los materiales, pagando al usufructuario, los intereses del valor del área y de los materiales" (C.C., art. 623, ap. 1°).

b) En ciertos casos el perecimiento total de la cosa no extingue el usufructo sino que cambia la cosa objeto del mismo.

> a') "Si la cosa estuviere asegurada y ocurriere alguno de los siniestros previstos, el usufructo se trasladará al valor del seguro, si el propietario y el usufructuario no lo destinaren al restablecimiento de la cosa o construcción de otra equivalente, sobre la cual continuará el usufructo" (C.C., art. 623, ap. 2°).

b') "En caso de expropiación de la cosa sujeta a usufructo, éste se trasladará al valor proveniente de la expropiación, si el propietario y el usufructuario no lo destinaren a la adquisición de una cosa equivalente sobre la cual, igualmente, continuará el usufructo" (C.C., art. 623, ap. 3°).

c') Creemos que en caso de que la cosa perezca por culpa de un tercero, el usufructo continúa sobre la indemnización que éste pagare, a menos que el propietario y el usufructuario empleen la suma en adquirir una cosa semejante, sobre la cual continuará el usufructo.

G) También puede cesar el usufructo *por el abuso que el usufructuario haga de su derecho,* enajenando los bienes, deteriorándolos o dejándolos perecer por falta de reparaciones menores (C.C., art. 620, encab.).

"La autoridad judicial podrá, sin embargo, según las circunstancias, ordenar que el usufructuario dé caución aun cuando estuviese dispensado de ello o que se den los bienes en arrendamiento, o que se pongan bajo administración a sus expensas, o, por último, que su disfrute se devuelva al propietario con obligación por parte de éste, de pagar anualmente al usufructuario o a sus causahabientes, una cantidad determinada por el tiempo del usufructo" (C.C., art. 620, ap. 1°).

"Los acreedores del usufructuario podrán intervenir en el juicio para conservar derechos, ofrecer reparaciones de los daños, y dar caución para el porvenir" (C.C., art. 620, últ. ap.).

2° Consecuencias

Las principales consecuencias de la extinción del usufructo son:

A) *El propietario recobra la plenitud de sus facultades* en la medida en que estaban comprimidas por el usufructuario y éste deja de tener las facultades que le atribuía el usufructo.

Así sucede *excepto en dos casos:* cuando el usufructo ha cesado por perecimiento total de la cosa, caso en el cual, el nudo propietario

sólo tiene una acción de indemnización contra el responsable (sí lo hay) y cuando el usufructo versa sobre cosas consumibles, caso del cual trataremos *infra*.

B) El usufructuario *debe devolver la cosa dada en usufructo* en el *estado en que la recibió* salvo lo que haya perecido o se haya deteriorada sin su culpa.

a) Como ya se ha dicho, si el usufructuario ha hecho *mejoras* que hayan aumentado el valor de la cosa y al mismo tiempo le ha causado *deterioros* sin culpa grave procede la compensación entre aquel aumento de valor y estos deterioros (C.C., art. 600, ap. 1°). Y si no hay lugar a esta compensación el usufructuario podrá extraer las mejoras si esto pudiere hacerse en su provecho y sin deterioro de la cosa, a menos que el propietario prefiera retenerlas, reembolsando al usufructuario el valor que pudieran tener separándolas (C.C., art. 600, ap. 2°).

b) Si el usufructo comprende *cosas consumibles* el usufructuario sólo está obligado a restituir su valor, según la estimación que se les haya dado al principio del usufructo y si no se hubiese hecho esta estimación podrá optar entre restituir las cosas en igual cantidad o calidad o pagar su precio corriente a la cesación del usufructo (C.C., art. 589). La misma regla se aplica cuando se trate de animales colocados en el fundo sujeto a usufructo y destinados al consumo.

c) Si han perecido o han sido derribados o arrancados por accidente *árboles frutales o plantados para sombra,* el usufructuario tendrá obligación de sustituirlos con otros (C.C., art. 595).

d) Si el usufructo está constituido sobre un *rebaño, piara u otro conjunto de animales que perezca enteramente sin culpa del usufructuario,* como sabemos, éste sólo está obligado a dar cuenta de las pieles o de su valor (C.C., art. 617, encab.) pero si no perece enteramente estará obligado a reemplazar los animales que hayan perecido, hasta concurrencia de los nacidos, desde que haya principiado a disminuirse el número primitivo (C.C., art. 617, ap. único).

C) El usufructuario que haya hecho *reparaciones mayores a las cuales no estaba obligado* tendrá derecho a que se le reembolsen, sin interés alguno el valor de las obras ejecutadas con tal que su utilidad subsista a la terminación del usufructo. Lo propio se aplica cuando por vejez o caso fortuito, se arruina solamente en parte el edificio que formaba un accesorio necesario para el goce del fundo sujeto al usufructo (C.C., art. 610).

D) El usufructuario que durante el usufructo haya *pagado cargas que correspondían al propietario* tiene derecho a ser reembolsado del capital (C.C., art. 611).

E) Asimismo *el usufructuario a título universal* que haya pagado las deudas por las cuales estaban hipotecadas las cosas sujetas a usufructo, tendrá derecho a que se le indemnice (C.C., art. 612).

F) Si el usufructuario a título universal anticipa el pago de un capital que corresponde a los bienes sujetos al usufructo, debe devolvérsele ese capital (C.C., art. 613, ap. 1°).

G) Las consecuencias de la extinción del usufructo sobre los arrendamientos celebrados por el usufructuario se estudiarán en la asignatura "Contratos y Garantías".

XII. ACCIONES EN MATERIA DE USUFRUCTO

1° Las acciones *petitorias* en la materia son la acción *confesoria* y la acción *negatoria*. En la primera, el actor pretende o que el propietario le reconozca la existencia del usufructo o que el Juez declare que entre varios pretensores el verdadero usufructuario es el actor o que se haga cesar el estado de cosas por el cual se impide o perturba al actor el ejercicio del derecho que alega. En la acción negatoria, el actor pretende una declaración judicial de que sobre su fundo no existe usufructo.

2° Por otra parte, como el usufructo es susceptible de posesión caben las *acciones posesorias* (siempre que se reúnan los supuestos de procedencia correspondientes).

USO Y HABITACIÓN

I. La ley no define expresamente estos derechos. Para formarse el concepto de lo que son, parece bastar su nombre (uso y habitación), y considerar que la diferencia principal entre el usufructo, el uso y la habitación está en la extensión de las facultades que confieren al titular del derecho.

Así mientras la ley confiere al usufructuario el uso y goce de la cosa en los términos que hemos visto, el titular del derecho de uso tiene derecho a utilizar la cosa y a obtener sus frutos en medida limitada a sus necesidades y a las de su familia (argumento: C.C., art. 624, relativo a uso de fundos), y a su vez el titular del derecho de habitación se limita a lo que sea necesario para la habitación (no otro uso) del concesionario y de su familia, según las circunstancias (C.C., art. 626).

Pero además, puede señalarse otras diferencias adicionales: 1) Por su constitución, no hay derechos de uso o de habitación *legales*, o sea, nacidos directamente de la ley. 2) En cuanto al objeto, mientras *el usufructo y el uso pueden recaer sobre muebles o inmuebles, el derecho de habitación recae necesariamente sobre edificaciones.* 3) Por otra parte, los derechos de *uso y de habitación*, a diferencia del usufructo, *no pueden ser cedidos ni arrendados.*

II. La reglamentación legal expresa de dichos derechos es también escasa:

1° El derecho de uso o de habitación no podrá ejercerse sin caución previa y formal inventario de los muebles y descripción del estado de los inmuebles, como en el caso del usufructo. Podrá, sin embargo, la autoridad judicial, dispensar de la obligación de la caución según las circunstancias (C.C., art. 62).

2° "El usuario y el que tiene el derecho de habitación deben gozar de su derecho como buenos padres de familia" (C.C., art. 628).

3° "Si quien tiene el uso de un fundo tomare todos sus frutos, estará obligado a hacer los gastos de cultivo, y si quien tiene el derecho de habitación ocupare toda la casa estará obligado a las

reparaciones menores. Ambos pagarán las contribuciones como el usufructuario" (C.C., art. 629, encab.).

"Si no tomaren más que una parte de los frutos o no ocuparen más que una parte de la casa, contribuirán en proporción de lo que gocen" (C.C., art. 629, ap. único).

4° A diferencia del usufructo, "Los derechos de uso y de habitación no se pueden ceder ni arrendar" (C.C., art. 630). Precisamente por no ser cesibles tampoco pueden constituirse garantías sobre ellos ni pueden ser objeto de medidas de ejecución.

5° "Los derechos de uso y de habitación se pierden del mismo modo que el usufructo" (C.C., art. 631).

III. En todo lo demás y, aún cuando no lo diga la ley, el uso y la habitación *se rigen supletoriamente* por las normas sobre usufructo en cuanto sean aplicables.

CAPÍTULO XXX

EL HOGAR

INTRODUCCIÓN. NOCIÓN GENERAL. UBICACIÓN LEGAL. INTERÉS. BIENES SUCEPTIBLES DE SER CONSTITUIDOS EN HOGAR. PERSONAS QUE PUEDEN CONSTITUIR EL HOGAR. PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN. EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE HOGAR. NATURALEZA JURÍDICA DEL HOGAR. EXTINCIÓN DEL HOGAR.

INTRODUCCIÓN

El antecedente más definido de esta institución es el *Homestead,* figura jurídica creada primero por una Ley del Estado de Texas, tomado luego por leyes de otros Estados de la Unión y regulada por último por una Ley Federal de los Estados Unidos de América. El *Homestead* pretendía el doble fin de proteger a la familia y favorecer la colonización.

En nuestro Derecho aparece por primera vez en el Código Civil de 1896 y obedece en especial al deseo de proteger económicamente a la familia.

Ni esta institución ni ninguna otra semejante tuvo pujanza en Europa. Sin embargo, después de la Segunda Guerra Mundial varios países europeos buscaron obtener los mismos resultados del *Homestead* a través de instituciones muy diferentes de la norteamericana y de la nuestra.

NOCIÓN GENERAL

La constitución de hogar consiste en excluir un inmueble del patrimonio del constituyente del mismo y, por ende, tanto de su herencia como de la prenda común de sus acreedores para asegurar a los beneficiarios un lugar donde poder habitar libres de los ataques de los acreedores y de las consecuencias de su propio desatino.

Si la Ley no tomara precauciones al respecto, la institución podría amenazar la situación de los acreedores del constituyente y convertirse en un obstáculo para el crédito.

UBICACIÓN LEGAL

El Código Civil regula el hogar dentro de las limitaciones de la propiedad inmediatamente después del usufructo, uso y habitación. Con ello quiere encuadrarlo dentro de los derechos reales en cosa ajena, lo que no responde a la esencia de la institución. Mejor ubicada estaría la materia si se hubiera seguido el ejemplo de los Códigos que la regulan dentro del régimen patrimonial de la familia.

INTERÉS

Cualquiera que sea el interés teórico de la institución, su interés práctico ha sido hasta el presente muy escaso. Hasta la Reforma de 1982, se solía considerar que la institución no había sido utilizada porque la ley exigía que el valor del inmueble que se constituyera en hogar no excediera de Bs. 40.000,oo límite que se había hecho demasiado bajo. Sin embargo, en 1982 se suprimió todo límite en el valor del inmueble sin que se produjera el deseado auge de la institución.

BIENES SUSCEPTIBLES DE SER CONSTITUIDOS EN HOGAR

I. "El hogar puede ser una casa sola en poblado o fuera de él, o una casa con tierras de labor o cría, siempre que esté destinado a vivienda

principal de la familia" (C.C., art. 635). De modo pues que sólo son susceptibles de ser constituidas en hogar *las "casas" aunque junto con ellas pueden constituirse en hogar sus tierras de labor o cría.* Dada la finalidad legal de asegurar a los beneficiarios un lugar donde habitar, creemos que debe entenderse por "casa" cualquier vivienda, incluso un apartamento sujeto al régimen de propiedad horizontal.

Vale la pena señalar que otros países permiten constituir patrimonios familiares incluso sobre bienes muebles.

II. Como se ha dicho, en 1982 se eliminó toda condición relativa al valor del inmueble, lo que parece difícil de conciliar con el hecho de que, en cambio, se mantuvieron las exigencias de valorar la finca en el procedimiento de constitución del hogar.

PERSONAS QUE PUEDEN CONSTITUIR EL HOGAR

I. El constituyente del hogar debe ser el propietario del inmueble en el entendido de que éste *no esté gravado por ningún otro derecho real,* salvo que sea una servidumbre.

II. Para constituir hogar se requiere la capacidad o el poder necesarios para realizar *actos de disposición.*

PERSONAS EN CUYO FAVOR PUEDE CONSTITUIRSE EL HOGAR

I. "Puede una persona constituir un hogar para sí y para su familia" (C.C., art. 632, encab.).

"Gozarán del hogar las personas en cuyo favor se haya constituido; y si esto no consta claramente, serán beneficiarios el cónyuge, los ascendientes de ellos que se encuentren en estado de reclamar alimentos, los hijos mientras permanezcan solteros, y los hijos mayores entredichos o inhabilitados por defecto intelectual" (C.C., art. 636).

II. "Una persona *no puede constituir sino un hogar,* que es el suyo, y si constituyere otro u otros, éstos se regirán por las disposiciones sobre donaciones" (C.C., art. 634), lo que revela que aun cuando sujetos a las disposiciones sobre donaciones puede constituirse hogar en favor de alguien que no sea ni el constituyente ni miembro de su familia. Esta inclusión viene corroborada por la norma ya citada de que "Gozarán del hogar las personas en cuyo favor se haya constituido" (C.C., art. 636).

III. En todo caso, "El hogar no puede constituirse sino en favor de personas que existen en la época de su institución, o de los descendientes por nacer de una persona determinada, sin menoscabo de derechos que correspondan a los herederos legitimarios" (C.C., art. 633). Obsérvese que no se requiere que los descendientes por nacer de una persona determinada estén ya concebidos para el momento de la constitución del hogar.

PROCEDIMIENTO DE CONSTITUCIÓN

I. FINALIDAD

El procedimiento de constitución de hogar pretende, por una parte, acreditar la identidad, propiedad, libertad y valor del inmueble, y por la otra, dar a los terceros interesados conocimiento del propósito de constitución de hogar para que si fuere el caso se opongan a ello.

II. ETAPAS

El procedimiento de que tratamos consta de varias etapas:

1° *Solicitud.* Quien pretenda constituir hogar "deberá ocurrir por escrito al Juez de Primera Instancia en la jurisdicción donde esté situado el inmueble de que se trate" (C.C., art. 637, encab.).

A) La solicitud deberá:

a) Contener la declaración de querer constituir hogar;

b) Designar clara y precisamente las personas en cuyo favor se le constituya, si fuere el caso; y,

c) Expresar la situación, cabida y linderos del predio y demás datos que tiendan a describirlo (C.C., art. 637, encab.).

B) Se acompañará a la solicitud:

a) El título de propiedad de la finca que se desea constituir en hogar; y,

b) Una certificación expedida por el Registrador respectivo, relativa a los últimos veinte años, para comprobar que no existe gravamen vigente sobre dicho inmueble (C.C., art. 637, ap. único).

2° *Justiprecio*. El Juez competente "mandará valorar la finca por tres (3) peritos elegidos, uno por el solicitante, otro por dicho magistrado y el tercero por los mismos dos peritos o por el Juez, cuando aquéllos no estuvieren de acuerdo" (C.C., art. 638, encab. 1ª disp.). "Sin embargo, el interesado podrá convenir en que el justiprecio lo haga un solo perito nombrado por el Juez" (C.C., art. 638, encab., 2ª disp.). En todo caso, resulta extraño que el legislador haya mantenido la exigencia del justiprecio cuando eliminó todo requisito relativo al valor del inmueble a la hora de constituir hogar.

3° *Publicación*

El mismo Juez ordenará que se publique por carteles la solicitud, en un periódico de la localidad, durante noventa (90) días, una vez cada quince (15) días por lo menos, y si no hubiere ningún periódico en ella, en el que se edite en alguna de las poblaciones cercanas (C.C., art. 638, ap. único).

4° Decisión

A) Transcurridos los noventa días de la publicación referida, y llenas las formalidades exigidas en los artículos precedentes, sin haberse

presentado oposición de ningún interesado, el Tribunal declarará constituido el hogar en los términos solicitados... y ordenará que la solicitud y declaratoria se protocolicen en la Oficina de Registro respectivo, se publiquen por la prensa tres veces, por lo menos, y se anoten en el Registro de Comercio de la jurisdicción (C.C., art. 639, encab.).

"*Mientras no se hayan cumplido todas las formalidades, el hogar no producirá los efectos que le atribuye la ley, y si ellas no se hubieren realizado en el término de noventa días, quedará sin lugar la declaratoria del Tribunal*" (C.C., art. 639, ap. 1°).

B) "Si antes de la declaración judicial hubiere oposición, el Tribunal la resolverá por los trámites del juicio ordinario" (C.C., art. 639, últ. ap.).

EFECTOS DE LA CONSTITUCIÓN DE HOGAR

I. El inmueble constituido en hogar queda "separado del patrimonio del constituyente, y libre de embargo y remate por toda causa y obligación, aunque conste de documento público o de sentencia ejecutoria" (C.C., art. 639, encab.).

II. El hogar *no podrá enajenarse ni gravarse* sin oírse previamente todas las personas en cuyo favor se haya establecido, o sus representantes legales, y con autorización judicial, que no dará el Tribunal sino en el caso comprobado de necesidad extrema[1] y sometiéndola a consulta del Tribunal Superior (C.C., art. 640).

---

1. Aunque muchas decisiones de los tribunales aplican el criterio estricto de que es necesario demostrar la necesidad extrema, ha habido casos en que se ha autorizado la enajenación porque un cambio de circunstancias en relación con el hogar "más bien recomienda la enajenación del inmueble" y "la inversión de parte de su producto en la adquisición de otro que atienda a las necesidades de sus beneficiarios", lo que no es un caso de necesidad extrema sino a lo sumo de evidente conveniencia (Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 12-1-70; R. & G., Vol. XXV, p. 7).

III. Todos los beneficiarios tienen *derecho a habitar* en el hogar así como tienen *derecho a los frutos* (si no fuera así carecería de sentido la posibilidad de constituir en hogar una casa "con tierras de labor o cría" como dice el art. 635 del Código Civil).

IV. En cambio la constitución de hogar *no implica en general una transferencia de propiedad*, la cual sigue en manos del constituyente[2]. La constitución de hogar sólo envuelve transferencia de la propiedad cuando se lo ha constituido en favor de persona distinta del constituyente y éste manifiesta su voluntad en tal sentido.

NATURALEZA JURÍDICA DEL HOGAR

I. Por su ubicación en el Código podría pensarse que el hogar es un derecho real de goce en cosa ajena, distinto de los demás y cuyo contenido sería el derecho de habitar el inmueble.

Ahora bien, es evidente que el hogar en cuanto sea constituido por una persona para sí mismo no constituye un derecho real distinto de la propiedad. En efecto, por una parte, ello sería contrario al principio *nemine res sua servit*, y por otra, ese pretendido derecho carecería de contenido pues las facultades que pudieran señalarse como concedidas por él ya están comprendidas dentro del derecho de propiedad. Por estas razones la constitución del hogar en el caso señalado sólo tiene por efecto la exclusión del inmueble del patrimonio del constituyente en el doble sentido de que pierde el libre poder de disposición del mismo y de que sus acreedores ven disminuida su prenda común.

En cambio en cuanto el hogar esté constituido en favor de persona distinta del constituyente puede decirse que confiere un derecho real en cosa ajena con el contenido arriba indicado. Sin embargo, es dudoso que

---

2. Así declaró ya una vieja sentencia de Casación, que el beneficio del hogar no confiere al beneficiario "el derecho de propiedad" (C.F.C., Sala de Cas., sent. de 30-XI-28, Mem. de la C.F.C., 1929, p. 468).

no sea simplemente un derecho de habitación[3] o de uso sometido a reglas especiales[4].

La constitución de hogar en favor de tercero, a su vez, va acompañada de la transferencia de la propiedad con el efecto de excluir el inmueble del patrimonio del adquirente.

II. En consecuencia de lo expuesto, *la esencia de la constitución de hogar* no está en la constitución de un derecho real en cosa ajena (lo que no siempre se produce), sino en *la exclusión del bien del patrimonio de su propietario.*

EXTINCIÓN DEL HOGAR

El hogar se extingue:

I. *Por enajenación del inmueble debidamente autorizada (C:C., art. 640).* Se ha discutido si también puede extinguirse por contrato celebrado entre el constituyente y el beneficiario[5], o por "liberación" o "disolución" autorizada por el juez[6].

II. En caso de *divorcio o de separación judicial de cuerpos*, conservará el derecho al hogar aquel a quien se atribuya la guarda de los hijos. Cuando no existan hijos, el hogar quedará extinguido; sin embargo, si hubieren descendientes y el hogar hubiese sido constituido también

---

3. Así lo calificó la sentencia citada en la nota anterior.
4. Sin embargo, nuestro Supremo Tribunal en un caso en que los beneficiarios del hogar "variaron el uso para el cual fue destinado" porque decidieron arrendarlo en vez de habitarlo no sólo declaró con todo acierto que con ello no se afectó la constitución de hogar sino que nada dijo acerca de la ilicitud de tales arrendamientos (C.S.J. Sala de Cas. Vic., Merc. y Trab. sent. de 10-XI-64; Gac. For. Nº 46, 1967, p. 498), lo que podría considerarse como una señal de que no calificaba el derecho de los beneficiarios ni como derecho de uso ni como derecho de habitación porque ninguno de los dos se puede arrendar (C.C. art. 630).
5. En sentido favorable: Juzg. Sup. 3° en lo Civ. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 365; J.T.R., Vol XIII, p. 489.
6. En sentido favorable: Juzg. Sup. 2° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 10-59; J.T.R., Vol VII, p. 171), que además consideró que la decisión del Tribunal de Primera Instancia al respecto no requiere consulta con el Superior.

a favor de ellos, les corresponderá el derecho al hogar (C.C., art.642 encab.).

En los casos de *separación de cuerpos convertida en divorcio*, los interesados decidirán lo relativo al hogar en el escrito de separación, sin perjuicio de los demás beneficiarios. Si no hubiere acuerdo, el Juez determinará cual de ellos gozará del hogar o lo declarará extinguido según las circunstancias (C.C., art. 642, ap. único, 1ª disp.).

En caso de nulidad de matrimonio el derecho de hogar se regirá según lo dispuesto en el artículo 127 (C.C., art. 642, ap. único, 2ª disp.).

III. *Los beneficiarios, mayores de edad, que sean de mala conducta notoria, pierden su derecho al hogar* (C.C., art. 643).

IV. Cuando hubiere fallecido el último miembro de la familia para quien fue constituido el hogar, o cuando haya fenecido el derecho a gozar de él, según lo establecido en los artículos 636, 642 y 643, volverá el inmueble al patrimonio del constituyente o de sus herederos, a menos que el dominio se haya traspasado a la persona o personas en cuyo favor se constituyó el hogar (C.C., art. 641).

CAPÍTULO XXXI

LAS SERVIDUMBRES

CONCEPTO. CARACTERES. SERVIDUMBRES Y LIMITACIONES LEGALES DE LA PROPIEDAD ESTABLECIDAS EN INTERÉS PRIVADO. CONTENIDO DE LAS SERVIDUMBRES. CLASIFICACIÓN. MODOS DE CONSTITUCIÓN. TRANSMISIÓN. EJERCICIO Y EXTENSIÓN. MODIFICACIÓN. ACCIONES EN MATERIA DE SERVIDUMBRES. EXTINCIÓN.

CONCEPTO DE SERVIDUMBRES

I. En otros tiempos el concepto de servidumbre era más amplio que en el actual toda vez que las servidumbres se dividían en prediales y personales mientras que conforme al del Código vigente sólo son servidumbres las que antes se llamaban servidumbres prediales. Por ello, actualmente, hablar de servidumbres prediales es una redundancia en la que por cierto cae a veces el propio legislador.

II. Conforme al texto de la ley, la servidumbre "consiste en cualquier gravamen impuesto sobre el predio (llamado fundo sirviente), para uso y utilidad de otro (llamado fundo dominante), perteneciente a distinto dueño" (C.C., art. 709).

III. Al analizar el concepto de servidumbre conviene destacar que:

1° *La Ley pone el acento en el aspecto pasivo o negativo de la servidumbre* ya que la define como un gravamen impuesto sobre el predio lo que es exacto desde el ángulo del propietario del fundo sirviente; *pero*

no debe olvidarse que *la servidumbre tiene también un aspecto activo o positivo* ya que para el propietario del fundo dominante es un derecho adicional al dominio que tiene sobre su propio fundo.

2° La carga que representa la servidumbre en su aspecto negativo comprime las facultades del propietario del fundo sirviente a quien le impone un tolerar (pati) o abstenerse de hacer sin que el objeto principal del gravamen pueda consistir *en un hacer personal ni en la creación de otra servidumbre ni en la constitución de una servidumbre*. A veces, sin embargo, la carga de la servidumbre comprende como prestación accesoria un hacer personal del propietario del fundo sirviente.

3° *Las servidumbres deben versar sobre un predio tanto en su aspecto activo como pasivo*; pero no es rigurosamente exacto que sean una carga del fundo sirviente ni un derecho del fundo dominante. En su aspecto pasivo o negativo, la servidumbre representa una carga que recae en *el derecho de propiedad del fundo sirviente*, y en su aspecto activo o positivo la servidumbre representa *un derecho que acompaña al derecho de propiedad del fundo dominante*.

4° Las servidumbres se establecen para "uso y utilidad" de un predio[1]. Tuvieron su origen en necesidades de carácter agropecuario;

---

1. Antes de que entrara en vigencia la Ley de Venta de Parcelas a fines de 1960, se discutía si las cláusulas por la cual los compradores suscribían con la Compañía urbanizadora un contrato de venta en el cual se comprometían a no construir en sus parcelas establecimientos comerciales, industriales ni fabriles o asumían otros compromisos análogos "implicaban la constitución de una servidumbre o sólo daban un derecho personal (un derecho de crédito), a la Urbanizadora". El interés de la cuestión radicaba en que si el comprador a su vez revendía la parcela, en la primera hipótesis, el nuevo adquirente quedaba sujeto al compromiso porque la servidumbre sigue a la cosa (es pasivamente ambulatoria); pero no quedaba sujeto al compromiso en la hipótesis de que sólo diera a la Urbanizadora un derecho de crédito frente a su causante.
Una decisión del Juzg. 1° de 7ª Inst. en lo Civ. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 5-II-53 (J.T.R., Vol. VIII, págs. 201-3), negó el carácter de constitución de servidumbre: a una de las cláusulas en cuestión, entre otros argumentos (algunos discutibles), "Porque la servidumbre alegada carece de los requisitos que debiera tener para su existencia, pues no se conoce el predio dominante, y no se conocerá jamás si la Cía. (urbanizadora) ha vendido todas las parcelas de dicha Urbanización", o sea, porque, en definitiva, no constituía un gravamen impuesto sobre un fundo para beneficio de otro fundo y como dijo el sentenciador "no se concibe (una servidumbre) sin la existencia de un predio dominante". Años después se dictaron decisiones en sentido contrario sin mayor argumentación (Juzg. de 1ª Inst. en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 23-X-59 (J.T.R., Vol. VIII, Tomo 2, p. 803) y Juzg. 2° en lo Civ. de la misma Circ., sent. de 14-VI-60 (J.T.R., Vol. VIII, pp. 785-6).

pero su campo se extendió a la satisfacción de otras necesidades, como por ejemplo, las de tipo industrial, y aun desde el Derecho Romano a los fines de "amenidad" del predio dominante. Por lo demás, no es necesario que ese "uso y utilidad" sean actuales.

5° Normalmente las *necesidades* que se satisfacen con las servidumbres, por ser inherentes a un fundo, *suelen ser permanentes* y de allí que las servidumbres *tiendan a la perpetuidad,* aunque es perfectamente posible la existencia de servidumbres temporales.

6° De ordinario las servidumbres se establecen entre *fundos vecinos*; pero *también es posible* la existencia de servidumbres entre fundos que no lo sean.

7° El fundo sirviente y el fundo dominante *no deben pertenecer al mismo dueño*, idea que responde al adagio romano "nemine res sua servit" (C.C., art. 709).

CARACTERES DE LAS SERVIDUMBRES

I. Si estar gravado con una de las limitaciones legales de la propiedad establecidas en el interés privado es el estado *normal* de la propiedad, el hecho de que un fundo esté gravado con servidumbre hoy en día se considera un estado *excepcional* de la propiedad, de allí que:

1° La servidumbre no se presupone: su constitución y existencia deben probarse;

2° El ejercicio de la servidumbre, si bien debe adaptarse al objeto y necesidades para las cuales se estableció (C.C., art. 726), debe efectuarse de manera que resulte *lo menos gravoso posible para el fundo sirviente* (C.C., arts. 727 y 729),

---

Posteriormente la Ley de Venta de Parcelas resolvió el problema de dar eficacia a esos compromisos frente a las nuevos adquirentes de las respectivas parcelas, pero no calificó las referidas cláusulas de constituciones de servidumbres.

3° En caso de conflicto la *interpretación* debe favorecer en lo posible al fundo sirviente (C.C., art. 734).

II. Las servidumbres son *unilaterales* en el sentido de que implican una carga para uno y en cambio un derecho para otro. Así pues, la limitación impuesta sobre la propiedad de uno no está compensada por una limitación correlativa de la propiedad del otro. Las aparentes excepciones de esta unilateralidad están constituidas por casos en que en realidad existen dos servidumbres de igual contenido y de signo contrario.

III. Precisamente porque la servidumbre representa una carga unilateral sobre la propiedad del fundo sirviente, la constitución de las servidumbres *suele hacerse por actos a título oneroso* (aunque también pueda hacerse por actos a título gratuito).

IV. Las servidumbres *tienden a la perpetuidad* aunque pueden ser temporales sin que en este caso exista una duración mínima ni máxima fijada por el legislador.

V. Las *servidumbres son doblemente reales y doblemente ambulatorias.* Así siguen a la cosa en manos de quien esté tanto en cuanto son cargas como en cuanto son facultades.

VI. Las *servidumbres en su aspecto activo son derechos inseparables de la propiedad del fundo dominante*, de modo que el propietario de éste no puede enajenar dicho fundo separadamente de la servidumbre ni la servidumbre separadamente del fundo. Lo expuesto no excluye que pueda cederse separadamente el *ejercicio* de la servidumbre sin ceder el fundo ni la servidumbre misma. *En cuanto cargas*, las servidumbres se transfieren también al transferirse el fundo sirviente.

VII. La servidumbre *no es un derecho autónomo* en el sentido de que no puede existir sino siendo inherente a un derecho de propiedad; *pero sí es un derecho autónomo* en el sentido de que originalmente nace por título separado y de que puede extinguirse separadamente del correspondiente derecho de propiedad.

VIII. Las servidumbres son *indivisibles* en tres sentidos:

1° Las servidumbres afectan o benefician todo el predio de modo que si éste se divide, la servidumbre se reproduce entera, "en favor o en contra", sobre cada parte del fundo original, a menos que la servidumbre recayera sobre una parte determinada del fundo sirviente.

2° Si la servidumbre corresponde a varios copropietarios del fundo dominante, la actuación de uno solo de ellos, y las causas que impiden, suspenden o interrumpen la prescripción en favor de uno de ellos, producen también efectos en favor de los demás (C.C., art. 757). Y,

3° No pueden constituirse servidumbres sobre partes individisas de un fundo (C.C., art. 723).

SERVIDUMBRES Y LIMITACIONES LEGALES DE LA PROPIEDAD ESTABLECIDAS EN INTERÉS PRIVADO

Ambas instituciones se diferencian netamente en los siguientes aspectos:

I. Las servidumbres son *unilaterales* mientras que las limitaciones legales de la propiedad establecidas en interés privado son bilaterales en el sentido de que se ha señalado al estudiar los caracteres de unas y otras.

II. La constitución de las servidumbres *usualmente supone un acto a título oneroso*; lo contrario ocurre con las limitaciones legales de la propiedad establecidas en interés privado.

III. Las limitaciones legales de la propiedad establecidas en interés privado *tienen su origen en la ley,* mientras que las servidumbres tienen su origen en "el hecho del hombre" (aunque a veces la ley da derecho a exigir la constitución de servidumbres).

IV. Las servidumbres *nacen originalmente de un título separado del derecho de propiedad, y pueden extinguirse separadamente de éste;* todo lo contrario ocurre con las limitaciones legales de la propiedad establecidas en interés privado.

V. Las facultades derivadas de una limitación legal de la propiedad privada no se pierden por el no uso ya que forman parte del derecho de propiedad y éste no está sujeto a prescripción extintiva. *En cambio, las servidumbres se extinguen cuando no se ha hecho uso de ellas por el término de veinte años* (C.C., art. 752).

CONTENIDO DE LAS SERVIDUMBRES

La ley no limita el posible contenido de las servidumbres siempre que no sea contrario al orden público. Es posible incluso una servidumbre cuyo contenido sea la remoción de una limitación legal establecida en interés privado.

Lo expuesto no implica una derogación del principio de que los derechos reales constituyen un *numerus clasus*, ya que este principio lo que excluye es la creación de derechos reales de un grupo no contemplado en la ley y las servidumbres son un tipo de derechos reales contemplados en la ley que les autoriza a tener cualquier contenido lícito.

Por otra parte, es posible que coexistan varias servidumbres sobre un mismo fundo en favor de uno o más fundos dominantes.

CLASIFICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

I. Por el modo de su ejercicio, las servidumbres pueden ser *continuas o discontinuas* (C.C., art. 710, encab.).

"Son continuas aquéllas cuyo ejercicio es o puede ser continuo, sin que haya necesidad del hecho actual del hombre para tal ejercicio; tales son los acueductos, los desagües de los techos, las vistas y otras semejantes" (C.C., art. 710, ap. 1°).

"Son discontinuas las que tienen necesidad del hecho actual del hombre para su ejercicio; tales son las de paso, las de tomar aguas, las de pasto y otras semejantes" (C.C., art. 710, últ. ap.).

II. Por el modo de manifestarse, las servidumbres pueden ser *aparentes o no aparentes* (C.C., art. 711, encab.).

"Son aparentes las que se muestran por señales visibles, como una puerta, una ventana, un acueducto" (C.C., art. 711, ap. 1°).

"Son no aparentes aquéllas cuya existencia no se indica por ninguna señal visible, como la de no edificar en un predio o no edificar sino hasta una altura determinada" (C.C., art. 711, últ. ap.).

A fin de dilucidar posibles dudas la ley señala que "Las servidumbres de tomar agua por medio de un canal u otra obra visible y permanente, cualquiera que sea el uso a que se las destine, se colocan entre las servidumbres continuas y aparentes, aun cuando no se tome el agua sino por intervalos o por serie de días o de horas" (C.C., art. 712).

III. Las servidumbres pueden *ser voluntarias o coactivas.* Estas últimas se caracterizan por tener origen en la ley en el sentido de que ésta confiere al propietario del fundo que se encuentre en determinados supuestos el derecho de exigir al propietario de otro fundo, la constitución de la servidumbre en el entendido de que dicha constitución requiere un acto voluntario o judicial así como la indemnización del propietario del fundo sirviente. En cambio, son voluntarias todas aquellas servidumbres que no se encuentren en el caso señalado.

IV. Las servidumbres pueden *ser afirmativas o negativas*. Son negativas las que impiden al propietario del fundo sirviente hacer algo que podría hacer si no existiera la servidumbre (por ejemplo: es negativa la servidumbre de no construir). En cambio, son afirmativas las servidumbres que permiten al propietario del fundo dominante hacer algo en su fundo o en el ajeno que no podría hacer si no existiera la servidumbre (por ejemplo: es afirmativa la servidumbre de tomar aguas en fundo ajeno).

MODOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

I. GENERALIDADES

De acuerdo con el texto de la ley "Las servidumbres se establecen por título, por prescripción o por destinación del padre de familia" (C.C., art. 720, encab.). Por razones pedagógicas trataremos separadamente de la constitución de las servidumbres aparentes y de las no aparentes.

II. MODOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES APARENTES

1° Cuando la ley señala que pueden constituirse "por título" quiere indicar que pueden constituirse *por testamento o por contrato* (que aunque suele ser a título oneroso también puede serlo a título gratuito).

Quien puede imponer la servidumbre al fundo es, en principio, el propietario del fundo sirviente con las siguientes advertencias:

A) *"El propietario no puede, sin el consentimiento de quien tenga un derecho personal de goce o un derecho real sobre el predio,* imponer a éste servidumbres que perjudiquen al tercero que tiene ese derecho" (C.C., art. 722).

B) *"La servidumbre concedida por un copropietario de un predio indiviso, no se reputa establecida y realmente eficaz, sino cuando los demás la han concedido también, juntos o separados"* (C.C., art. 723, encab.).

"Las concesiones hechas bajo cualquier título por los primeros, quedarán *siempre en suspenso* hasta que el último las haya otorgado" (C.C., art. 723, ap. 1°).

Sin embargo, la concesión hecha por uno de los copropietarios, independientemente de los demás, obligará al concedente y a sus sucesores y causahabientes, aunque sean singulares, a no poner impedimento al ejercicio del derecho concedido. Del mismo modo, efectuada la parti-

ción, la servidumbre tendrá toda su validez en lo que afecte a la parte del predio que se adjudique al concedente (C.C., art. 723, últ. ap.).

C) El enfiteuta puede adquirir o imponer servidumbre al fundo enfiteútico pero mientras las servidumbres adquiridas no cesan por la extinción de la enfiteusis, en cambio, en tal caso cesarán las servidumbres que el enfiteuta haya impuesto al fundo (C.C., art. 751).

2° Las servidumbres aparentes pueden adquirirse también por usucapión. Rigen en la materia las normas que hemos estudiado sobre usucapión de la propiedad "en cuando sean aplicables"; pero el tiempo útil para usucapir "se contará desde el día en que el dueño del fundo dominante haya comenzado a ejercerlas sobre el predio sirviente" (C.C., art. 720, ap. único, la disp.). Naturalmente si se invoca una usucapión decenal, el tiempo útil en cuestión no comienza a correr mientras no se haya registrado el título.

3° Las servidumbres aparentes pueden constituirse también por "destinación del padre de familia" en dos formas:

A) Cuando consta por cualquier género de prueba que los dos fundos actualmente divididos han sido poseídos por el mismo propietario, y que éste ha puesto o dejado las cosas en el estado del cual resulta la servidumbre (C.C., art. 721, encab.).

Así pues en esta hipótesis es necesario: a) la existencia de dos fundos que actualmente estén divididos; b) que ambos fundos hayan sido poseídos por un mismo propietario sea que los haya poseído como un solo fundo o como fundos separados; c) una situación de hecho en la que "las cosas" se encuentran en un "estado del cual resulta la servidumbre" o, dicho de otra manera, que existan señales visibles correspondientes a una servidumbre en favor de uno de los fundos y a cargo de otro; y d) la circunstancia de que esas señales visibles hayan sido establecidas por el propietario común de ambos fundos. Y,

B) "También podrá *el propietario de dos predios* gravar con servidumbre de cualquier especie, uno de ellos en beneficio del otro, siempre que lo haga en escritura protocolizada en la Oficina Subalterna de Registro

a que corresponda la ubicación de los inmuebles" (C.C., art. 721, ap. 1°). En relación con ambos supuestos agrega la ley "Si los dos predios dejan de pertenecer al mismo propietario, en uno cualquiera de los casos señalados en los dos párrafos anteriores, sin ninguna disposición relativa a servidumbre, ésta se reputa establecida activa y pasivamente sobre cada uno de dichos predios" (C.C., art. 721, ap. últ.), norma por demás evidente toda vez que de la propia definición legal de servidumbre se desprende que el fundo sirviente y el fundo dominante deben pertenecer a distinto dueño (C.C., art. 709). Dicho sea de paso, los dos predios dejan de pertenecer al mismo propietario tanto si éste enajena uno y conserva la propiedad del otro como si enajena uno a una persona y el otro a otra.

III. MODOS DE CONSTITUCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES NO APARENTES

1° En cuanto a su adquisición por título nos remitimos a lo dicho a propósito de las servidumbres aparentes[2].

2° Su adquisición por usucapión también se rige por las mismas reglas que la usucapión de las servidumbres aparentes, salvo que el tiempo útil para usucapir "se contará desde el día en que el propietario del predio dominante manifieste por escrito al propietario del fundo sirviente su pretensión sobre ellas" (C.C., art. 720, ap. único, 2ª disp.).

3° En cuanto a su constitución por destinación del padre de familia no cabe el primer modo señalado en el caso de las servidumbres aparentes porque ello presupondría la existencia de señales visibles de la servidumbre las cuales por definición no existen en las servidumbres no aparentes.

---

2. En un juicio el actor pretendió que las servidumbres discontinuas no podían ser adquiridas por usucapión ya que ésta requiere posesión legítima y no hay posesión legítima cuando la posesión es discontinua. La decisión aclaró la falacia del argumento al señalar que el significado de "discontinua" cuando se aplica a la posesión no es el mismo que cuando sirve para clasificar una servidumbre y que por tanto no había ninguna contradicción al admitir una posesión continua de una servidumbre discontinua (Cte. Sup. 2° en lo Civ. y Merc. de la Circ. Jud. del D.F. y Edo. Miranda, sent. del I-XII-69; R. & G., Vol. XXIII, p. 11).

IV. CASO ESPECIAL

Para evitar dudas el legislador, después de aclarar que las aguas que corren de predio ajeno pueden constituir una servidumbre activa a favor del predio que las recibe al efecto de impedir su extravío (C.C., art. 724, encab.), agrega que

> Cuando se funde esta servidumbre en la prescripción no se considerará comenzada ésta sino desde el día en que el propietario del predio dominante haya hecho en el predio sirviente obras visibles y permanentes, destinadas a recoger y conducir dichas aguas para su propia utilidad; o desde el día en que el propietario del fundo dominante haya comenzado o continuado el goce de la servidumbre, no obstante cualquier acto de oposición por escrito, de parte del propietario del predio sirviente (C.c., art. 724, ap. único).

TRANSMISIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Las servidumbres se transmiten activa y pasivamente cada vez que se transmite la propiedad del fundo respectivo, conjuntamente con él, cualquiera que sea el modo de la transmisión. En cambio, como ya se ha señalado, las servidumbres no pueden transmitirse separadamente de la propiedad del predio que gravan o benefician, según el caso.

EJERCICIO Y EXTENSIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

I. "El ejercicio y extensión de la servidumbre se reglamenta por los respectivos títulos, y, a falta de éstos por las disposiciones" del Código Civil (C.C., art. 709, ap. único)[3].

---

3. Con ello no se contradice el criterio de nuestro Supremo Tribunal de que "la manera continuada como se ejerce (la servidumbre), constituye elemento determinante, junto al título, de la naturaleza y de la extensión de la servidumbre,... es complemento que aclara el sentido y extensión del título constitutivo de la servidumbre" (C.S.J., Sala de Cas. Civ., Merc. y Trab., sent. de 22-VI-77.; R. & G., Vol. XXX, pp. 3934). Lo que señala la Corte no es una nueva fuente de normas reguladoras en la materia sino un elemento de interpretación del título, a semejanza de lo que ocurre en materia de contratos donde la forma en que las partes lo han venido ejecutando es un elemento importante para interpretar la intención que tuvieron al contratar.

II. Las principales normas generales de la ley en la materia pueden resumirse así:

1° "El derecho de servidumbre *comprende todo lo necesario* para su ejercicio" (C.C., art. 726, encab.). La propia ley señala que consecuencialmente, "la servidumbre de tomar agua en manantial ajeno, envuelve el derecho de paso por el predio donde esté el manantial" (C.C., art. 726, ap. 1°) y que así mismo "el derecho de hacer pasar las aguas por predio ajeno comprende el de pasar por la orilla del acueducto para vigilar la conducción de las aguas y hacer la limpieza y reparaciones necesarias" (C.C., art. 726, ap. 2°). Y todavía agrega el legislador que si el predio estuviere cercado, "el propietario deberá dejar libre y cómoda la entrada al que ejerce la servidumbre para el objeto indicado".

La doctrina llama "adminúsculos de la servidumbre" o "servidumbre accesorias" a esos derechos que tienden a hacer posible el ejercicio del objeto principal de la servidumbre.

2° *"El propietario del predio sirviente no puede hacer nada que tienda a disminuir el uso de la servidumbre o hacerlo más incómodo"* (C.C., art. 732, encab.). "No puede, pues, cambiar el estado del predio, ni pasar el ejercicio de la servidumbre a un lugar diferente de aquel en donde fue originalmente establecido" (C.C., art. 732, ap. 1°).

3° A su vez quien tiene un derecho de servidumbre *no puede usar de él sino según su título y su posesión, y sin poder hacer* en ninguno de los predios *innovación* alguna que haga más onerosa la condición del predio sirviente (C.C., art. 734).

4° *"En caso de duda sobre la extensión de la servidumbre,* su ejercicio debe limitarse a lo necesario para el destino y conveniente uso del predio dominante, con el menor perjuicio para el predio sirviente" (C.C, art. 734).

5° La persona a quien se debe una servidumbre, al hacer las obras necesarias para su uso y conservación, debe elegir el tiempo y el modo convenientes, a fin de ocasionar *la menor incomodidad posible* al propietario del predio sirviente (C.C., art. 727).

Las obras en cuestión, salvo estipulación contraria del título, se harán "a expensas de quien goce de la servidumbre" (C.C., art. 728, encab.). Pero si el uso de la cosa en la parte sujeta a servidumbre es común al propietario del predio dominante y al del sirviente "las obras" se harán por ambos en proporción a las ventajas respectivas, salvo que por el título se haya estipulado otra cosa (C.C., art. 728, ap. único).

En su caso, si el propietario del fundo sirviente está obligado en virtud del título a hacer los gastos que tratamos, "podrá siempre liberarse de ello, abandonando el predio sirviente al propietario del predio dominante" (C.C., art. 730).

6° "El propietario dominante deberá en todo caso ejecutar los trabajos necesarios para conservar la servidumbre *en condiciones de que no ocasione daños al propietario del fundo sirviente"* (C.C., art. 729).

7° *Si se dividiera el predio* en cuyo favor exista una servidumbre, ésta se deberá a cada parte, sin que la condición del predio sirviente se haga más onerosa; así, si se tratase de un derecho de paso, los propietarios en las distintas partes del predio dominante deberán ejercerlo por el mismo lugar (C.C., art. 731).

MODIFICACIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

I. Las servidumbres se modifican obviamente si así lo *acuerdan los propietarios* de los fundos dominante y sirviente. *También pueden modificarse por el transcurso del tiempo y de la posesión.* Es posible así mismo que ocurran *modificaciones sustanciales en el predio dominante o en el sirviente* que aparejen una modificación del contenido de la servidumbre.

II. Pero además, la ley ha previsto por razones de evidente equidad que si el ejercicio de la servidumbre se ha hecho más oneroso al propietario del fundo sirviente o si le impide hacer en los lugares donde aquélla está establecida, trabajos, reparaciones o mejoras, "puede ofrecer al propietario del otro predio un lugar igualmente cómodo para el ejercicio de sus derechos, y éste no puede rehusar el ofrecimiento" (C.C., art. 732, ap. 2°). Correlativamente y por las mismas razones se confiere *igual derecho al propietario del predio dominante* "siempre que pruebe que el

cambio es para él de manifiesta utilidad y que no produce daño alguno al predio sirviente" (C.C., art. 732, ap. 3°). Los *gastos que ocasione el cambio de la servidumbre* serán a cargo del propietario que lo solicite (C.C., art. 732, ap. últ.).

ACCIONES EN MATERIA DE SERVIDUMBRES

I. Las *acciones petitorias relativas a las servidumbres* se conocen como acción *confesoria* y acción *negatoria*, nombres que tienen origen romano.

1° *La acción confesoria* en realidad, *no es una sola*. En primer lugar puede tener por objeto obtener la declaratoria judicial de la existencia de la servidumbre activa sobre un fundo. En esta primera hipótesis el legitimado activo es quien pretende ser titular de la servidumbre y el legitimado pasivo el propietario del fundo sirviente[4].

Y en segundo término, puede tener por objeto obtener una declaratoria judicial favorable al actor cuando existan eventuales contraposiciones de derechos rivales o cuando alguien impida o perturbe al actor el ejercicio del derecho de servidumbre (aunque esa otra persona no invoque a su vez ser titular de la servidumbre). En esta segunda hipótesis, legitimado activo es cualquiera que pretenda tener derecho a ejercer la servidumbre aunque no sea a título de propietario del fundo dominante (por ejemplo: a título de enfiteuta, usufructuario, etc.); y legitimado pasivo a su vez es cualquiera que pretenda tener mejor derecho al ejercicio de la servidumbre o que impida o perturbe su ejercicio al actor.

2° *La acción negatoria* tiene por objeto obtener un pronunciamiento judicial de que sobre un determinado fundo no existe una determinada servidumbre.

---

4. Parece encuadrar también en este supuesto el caso en que se demande la constitución de una servidumbre coactiva a falta de acuerdo entre las partes (Cte. Sup. 1ª en lo Civ. y Merc. del D.F. y Edo. Miranda, sent. del 14-VIII-69; R. 8c C., Vol. 1, p. 389).

II. Como las servidumbres son susceptibles de posesión cabe en la materia el planteamiento de los *interdictos de amparo o de despojo*, con la advertencia de que: "En todas las cuestiones de posesión en materia de servidumbre, el uso en el año precedente y, cuando se trate de servidumbres ejercidas en intervalos que excedan de un año, el uso del último período de disfrute, determinarán el estado de las cosas que deba protegerse con las acciones posesorias" (C.C., art. 787).

EXTINCIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

I. Las servidumbres pueden extinguirse por diversas causas:

1° *Por imposibilidad.* Cesarán las servidumbres cuando las cosas se encuentren en un estado que haga imposible su uso" (C.C., art. 748), en el buen entendido de que reaparecerán las servidumbres "cuando las cosas se establezcan de modo que pueda hacerse uso de ellas, a no ser que haya transcurrido tiempo bastante para que la servidumbre quede extinguida. Si se reconstruyere en el mismo período una pared o una casa, se conservarán las servidumbres preexistentes" (C.C., art. 749).

2° *Por consolidación.* "Se extingue toda servidumbre cuando la propiedad del predio sirviente y la del dominante se reúnen en una misma persona" (C.C., art. 750), que es lo que se llama "consolidación" y por algunos "confusión", término este último que preferimos reservar para la esfera de los derechos de crédito. La norma responde al viejo principio *nemine res sua servit.*

3° *Por el no uso.* "Se extinguen las servidumbres cuando no se ha hecho uso de ellas por el término de veinte años" (C.C., art. 752, encab.). El término comenzará a contarse "desde el día en que dejó de usarse la servidumbre" respecto de las aparentes "Y desde el día en que se haya verificado un acto contrario a la servidumbre" respecto de las no aparentes (C.C., art. 752, ap. único).

"El modo de la servidumbre se prescribe de la misma manera que la servidumbre" (C.C., art. 753).

"La existencia de vestigios con cuyo auxilio se haya practicado una toma de agua no impedirá la prescripción; para impedirla se requiere la existencia de la toma de agua o del canal de derivación, y la conservación de éstos en estado de servicio" (C.C., art. 754).

"El ejercicio de la servidumbre en un tiempo diferente del que determinen la posesión o el contrato, no impedirá la prescripción" (C.C., art. 775). Lo que puede ocurrir en este caso es que el interesado esté ejerciendo —y eventualmente— usucapiendo otra servidumbre distinta.

"Si el predio dominante perteneciere proindiviso a muchas personas, el uso de la servidumbre hecho por una de ellas impedirá la prescripción respecto de todas" (C.C., art. 756) y a su vez: "La suspensión o interrupción de la prescripción en favor de uno de los copropietarios, aprovecha igualmente a los demás" (C.C., art. 757). Ambas reglas como hemos dicho "supra" son consecuencias de la indivisibilidad de las servidumbres.

4° *Por renuncia del propietario del fundo dominante*, acto unilateral para el cual se necesita capacidad o poder para disponer.

5° *Por vencimiento del término o cumplimiento de la condición resolutoria* a que eventualmente estuvieren sujetos[5].

6° *Por cesación de la enfiteusis*. Si cesa la enfiteusis cesan también las servidumbres impuestas por el enfiteuta (C.C., art. 751, 2ª disp.).

7° *Por abandono*. Por último, se extinguen las servidumbres por el abandono que haga el propietario del fundo sirviente en favor del fundo dominante de acuerdo con la facultad que como hemos visto le confiere la ley (C.C., art. 739), caso en el cual hay consolidación de la propiedad de ambos fundos en unas solas manos.

II. *Consecuencia* de la extinción de las servidumbres son, entre otras:

---

5. En efecto, "nada obsta para que (se someta la servidumbre) a modalidad, término o condición" (Cte. Sup. 2ª en lo Civ. y Merc. del D.F. y Edo. Miranda, sent. de 14-VI-60; R. & G., Vol. I, p. 389).

1° *Para el propietario del fundo sirviente* la extinción del gravamen y el retorno de su propiedad a la plenitud de la cual ésta la privaba. Y

2° *Para el propietario del fundo dominante*, la extinción de las facultades que su derecho de servidumbre agregaba al derecho de propiedad del cual era titular.

CAPÍTULO XXXII

EL PATRIMONIO

NOCIONES PRELIMINARES. TEORÍA CLÁSICA. TEORÍA ALEMANA. CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES SOBRE EL PATRIMONIO. PATRIMONIOS SEPARADOS. PATRIMONIOS AUTÓNOMOS. PATRIMONIOS COLECTIVOS

NOCIONES PRELIMINARES

I. SENTIDO ETIMOLÓGICO DE "PATRIMONIO"

Es probable que etimológicamente "Patrimonio" provenga de *patris munium*, (conjunto de bienes que una persona ha recibido de sus padres o ascendientes); pero sería necesaria una larga explicación histórica para poner de manifiesto la relación existente entre esa acepción de la palabra y las acepciones que actualmente se le dan tanto en el lenguaje vulgar como en el técnico jurídico.

II. ACEPCIONES DE "PATRIMONIO" EN EL LENGUAJE VULGAR

1°. Frecuentemente se llama patrimonio al "conjunto de bienes o riqueza de una persona", de modo que sólo se dice que una persona tiene patrimonio cuando tiene "fortuna" en el sentido material de la palabra.

2°. Muchas veces, especialmente en el lenguaje comercial, se habla de "patrimonio bruto" para aludir al valor del activo; de "patrimonio neto" para referirse a la diferencia entre el valor del activo y el valor del

pasivo, y de "patrimonio pasivo" cuando el valor de éste es superior al valor del activo.

3° No faltan ocasiones en que el lenguaje común "patrimonio" es simplemente un conjunto de bienes.

III. DIFICULTAD DE PRECISAR LA NOCIÓN JURÍDICA DE "PATRIMONIO"

Si bien las acepciones de patrimonio en el lenguaje vulgar guardan relación con la noción jurídica del vocablo, esta noción no es idéntica y resulta difícil de precisar.

1°. La historia no ha ayudado a clarificar la materia. En efecto, aunque en el Derecho romano se avizoró una noción de patrimonio general en la regulación de diversas instituciones, esa noción prácticamente se desvaneció en el antiguo Derecho francés y si bien reaparecen antecedentes en la Escuela Subjetiva del Derecho Natural lo cierto es que la doctrina jurídica moderna en la materia arranca de las concepciones de la doctrina romanista y pandectista alemana, que elabora la llamada teoría alemana del patrimonio, así como de la doctrina francesa formulada especialmente por Aubry y Rau con base en el Código Napoleónico y que se conoce como teoría clásica. Las dos teorías mencionadas divergen sensiblemente entre sí sin que ninguna haya logrado erradicar a la otra.

2°. Lo expuesto explica que la literatura contemporánea sobre el tema que nos ocupa sea muy amplia, y que al mismo tiempo discuta el concepto, la naturaleza jurídica y el contenido del patrimonio, las relaciones entre patrimonio y persona, los caracteres del patrimonio y hasta las clasificaciones del mismo. Así, la literatura jurídica en la materia muchas veces ayuda más a complicar que a resolver su problemática.

IV. UBICACIÓN DEL ESTUDIO DEL PATRIMONIO

1°. Tampoco es uniforme la ubicación que le dan los autores al estudio del patrimonio dentro de la sistemática del Derecho Civil:

A) A veces se lo estudia dentro de la teoría general de los derechos subjetivos, aun cuando es obvio que existen derechos subjetivos no patrimoniales.

B) Otras veces se lo estudia dentro de la teoría general de los derechos reales a propósito del tema "el objeto del derecho", aun cuando difícilmente pueda admitirse que el patrimonio sea un objeto de derecho o que exista un derecho real cuyo objeto sea el patrimonio.

C) Algunas veces se estudia el patrimonio a propósito de las sucesiones lo que conduce a tratar conjuntamente de los conceptos de patrimonio y "herencia", con resultados que no parecen ser muy felices, y

D) Otros autores realizan el estudio del patrimonio dentro del Derecho de las Obligaciones al tratar de la responsabilidad del deudor, lo que presenta algunas ventajas en los Derechos del sistema francés.

2° Los programas de muchas Facultades de Derecho venezolanas, colocan el tema al inicio del programa de Derechos Reales al parecer con la idea de exponer una introducción común a estos derechos y a los derechos de crédito. En realidad, unos y otros son derechos patrimoniales; pero desde el punto de vista pedagógico parece que el tema se propone al alumnado antes de que sus conocimientos le permitan aprovecharlo debidamente. Por tal motivo, aunque sabemos que ello sólo se justifica desde el punto de vista pedagógico, hemos optado por tratar la materia al final del estudio de los Derechos Reales para que el alumno la encuentre en el curso donde la exige sus Programa de Estudios; pero que la aborde cuando ya tiene mayores conocimientos que al principio de ese mismo curso.

V. UTILIDAD DE LA TEORÍA JURÍDICA DEL PATRIMONIO

Las opiniones sobre la utilidad de la teoría del patrimonio varían desde el extremo de quienes consideran que el patrimonio es un concepto básico del Derecho Civil hasta el extremo de quienes, como Coviello, le niegan toda utilidad con el argumento de que todas las instituciones que se han tratado de explicar mediante la teoría del patrimonio, se pueden explicar perfectamente sin recurrir a esa noción.

Sin embargo, parece que con todo, la teoría del patrimonio permite relacionar muchas instituciones de Derecho Privado y explicarlas a la luz de una visión global. Esas instituciones son entre otras, los modos de adquirir a título universal, la responsabilidad del deudor, la transmisión hereditaria, el resarcimiento del daño, la acción de enriquecimiento sin causa, la acción oblicua y la acción pauliana.

VI. APROXIMACIÓN A LA TEORÍA JURÍDICA DEL PATRIMONIO

1° No obstante la dificultad de precisar la noción jurídica de patrimonio y las discusiones sobre la ubicación y utilidad de la teoría del mismo, existen ciertos hechos de los que no debe prescindirse:

A) Por lo general, las personas disponen de bienes y derechos que en una cierta medida —desde luego muy variable— les permiten resolver necesidades suyas así como tienen también obligaciones que sirven a otros para resolver en alguna medida sus necesidades;

B) Esos bienes o derechos y esas obligaciones están vinculadas entre sí y dicho vínculo depende del hecho de que el titular de unos y otros sea la misma persona. En particular, ese nexo se manifiesta en "la responsabilidad del activo frente al pasivo";

C) Además de los bienes, derechos y obligaciones que corresponden a una persona, existen conjuntos de bienes y derechos que parecen llevar una vida autónoma y cuyo factor aglutinante es fundamentalmente el hecho de que están afectados a un mismo fin económico jurídico; y

D) Por último, existen bienes, derechos y obligaciones de una persona que sin dejar de pertenecer a un mismo titular sin embargo, en virtud de la ley están destinados a fines específicos.

2° Los hechos enumerados originan sobre todo las siguientes preguntas cuyas respuestas constituyen el núcleo fundamental de la teoría jurídica del patrimonio:

A) ¿Qué es el patrimonio: un conjunto de bienes, derechos y obligaciones o una abstracción ideal que reúne todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona?

B) ¿Cuál es la naturaleza jurídica del patrimonio, es universalidad de Derecho o un conjunto unitario de relaciones jurídicas singulares?

C) ¿Cuál es el contenido del patrimonio: comprende todos los bienes, derechos y obligaciones pecuniarios o también otros que no son pecuniarios y en todo caso comprende sólo los bienes y derechos o también incluye las obligaciones?

D) ¿El patrimonio es un atributo de la personalidad o una entidad objetiva sin nexo directo con ella sino vinculada por estar legalmente afectada a una cierta finalidad?

E) ¿Tienen todas las personas necesariamente un patrimonio o pueden existir personas sin patrimonio?

F) ¿Una persona sólo puede ser titular de un patrimonio o puede ser simultáneamente titular de más de uno?

G) ¿Es posible la existencia de patrimonios que no tengan una persona como titular?

3° A la luz de esa temática examinaremos sucesivamente la teoría clásica y la teoría alemana sobre el patrimonio para formular luego algunas consideraciones fundamentales en torno al tema y por último nos referiremos a los patrimonios separados, a los patrimonios autónomos, destinados o en administración y a los patrimonios colectivos.

TEORÍA CLÁSICA

I. ORIGEN

La forma originaria de la teoría clásica, subjetivista o personalista del patrimonio se debe a Aubry y Rau, quienes la elaboraron en base a los dos artículos del Código Napoleónico que corresponden a los artículos 1863 y 1864 de nuestro Código Civil.

II. CONCEPTO DE PATRIMONIO

Para Aubry y Rau el patrimonio es el conjunto de las relaciones jurídicas de una persona, valorables en dinero, consideradas como una universalidad jurídica y ligadas entre sí por estar sujetas a la voluntad de una misma persona.

III. CONTENIDO DEL PATRIMONIO

En consecuencia, para la teoría clásica el patrimonio comprende tanto un activo como un pasivo.

1 ° El *activo* está formado por todos los derechos presentes y futuros , valorables en dinero, de los que puede ser titular una persona. Aunque Aubry y Rau no lo aclaran, las cosas en sí mismas no forman parte del patrimonio sino que los componentes del activo son la propiedad y demás derechos reales, los derechos de crédito y los llamados Derecho de propiedad intelectual e industrial. Dicho sea de paso, tales derechos forman parte del patrimonio incluso en los casos en que no son susceptibles de ejecución forzosa o no son transmisibles por herencia siempre que en uno u otro caso tengan carácter pecuniario.

Quedan fuera del activo del patrimonio los derechos políticos o públicos, los derechos de la personalidad y al menos la mayor parte de los derechos familiares. Sin embargo, es de observar que la violación de tales derechos puede imponer al autor de la misma un deber de indemnizar pecuniariamente, caso en el cual el derecho a la indemnización sí forma parte del activo del patrimonio.

2° El *pasivo* lo constituyen tanto las obligaciones como las cargas o gravámenes que pesen sobre los bienes de la persona de que se trate.

IV. CARACTERES JURÍDICOS DEL PATRIMONIO

Aun cuando Aubry y Rau no utilizaron los términos que vamos a emplear, puede decirse que la doctrina clásica atribuye al patrimonio dos características fundamentales y que de cada una de ellas se derivan otras.

1° El primer carácter fundamental puede enunciarse así: *la noción de patrimonio depende estrechamente de la noción de personalidad jurídica.*

Aubry y Rau incluso afirmaban que la noción de patrimonio podía deducirse de la noción de persona, ya que es la voluntad humana lo que da unidad al conjunto de relaciones jurídicas que constituyen el patrimonio. Autores más modernos encuadrados dentro de la misma corriente expresan la idea diciendo que el patrimonio es un atributo de la personalidad o que es parte de la esfera jurídica de la persona, la cual estaría constituida por la totalidad de derechos pertenecientes a ella.

De esa concepción personalista del patrimonio, la teoría clásica deriva varias consecuencias:

A) *Sólo las personas* (naturales o jurídicas), pueden tener patrimonio. En efecto, a falta de persona no existiría esa voluntad que es la que unifica el conjunto de relaciones jurídicas sometidas a su imperio para constituirlas en patrimonio.

B). *Toda persona tiene necesariamente un patrimonio.* Para poder mantener esta posición la doctrina clásica afirma que el patrimonio es un continente que en un momento dado puede estar vacío sin dejar por eso de existir. Otras veces se dice que cuando una persona carece de derechos y deberes pecuniarios su patrimonio consiste en la aptitud de adquirir fortuna.

Ahora bien, si toda persona tiene necesariamente un patrimonio se siguen las siguientes consecuencias:

a) Los acreedores no pueden agotar ese patrimonio de manera que *sus medidas de ejecución no se dirigen contra el patrimonio como tal* sino contra bienes singulares que se encuentran dentro del patrimonio de su deudor.

b) El patrimonio *es inalienable por acto entre vivos* porque si pudiera ser enajenado el enajenante se quedaría sin patrimonio lo cual contraría el principio básico de que toda persona tiene necesariamente patrimonio. Así, si una persona enajenara todos sus bienes presentes siempre le quedaría un patrimonio representado por su aptitud de adquirir otros bienes.

c) De igual manera, la doctrina clásica debería sostener que el patrimonio no se transmite *mortis causa*, ya que al fallecer el *de cujus* desaparece la voluntad que al unificar las relaciones jurídicas bajo su imperio las convertía en un patrimonio. Sin embargo, ante el hecho evidente de que el patrimonio se transmite a los herederos, la teoría clásica recurrió para explicarlo a la vieja noción romana de que los herederos son los continuadores de la persona del causante. Con esta explicación trataron también de evitar otra dificultad lógica: Si el patrimonio no es sino una emanación de la personalidad ¿cómo se explica que se transmita sin que se transmita al mismo tiempo esa personalidad?

d) *Cada persona no tiene sino un patrimonio*. En efecto, si lo que unifica el patrimonio es la sujeción común a la voluntad de la persona de su titular y si a su vez esa voluntad y esa personalidad son únicas e indivisibles, el patrimonio de una persona no puede ser sino uno solo. Cuando una persona hereda a otra, las dos personalidades se funden y por ello el heredero recibe tanto el activo como el pasivo y está obligado a pagar las deudas de la herencia con los bienes de ésta y con sus propios bienes personales. Sin embargo, la mayoría de los sostenedores de la teoría clásica admiten que la ley ha creado excepciones a este principio: la herencia aceptada a beneficio de inventario, la separación de patrimonio pedida a instancias de los acreedores de la herencia, diversas situaciones que se presentan en materia de ausencia, la sustitución fideicomisaria, etc. Pero debe observarse que incluso la división de la herencia en alí-

cuotas constituye en cierta manera una situación que la doctrina clásica no puede explicar satisfactoriamente.

2° El segundo carácter fundamental del patrimonio según la teoría clásica puede enunciarse así: *El patrimonio es una universalidad jurídica comprensiva de las relaciones jurídicas de carácter pecuniario.* En este aspecto se destaca lo siguiente:

A) *El activo está vinculado* a la satisfacción del pasivo del patrimonio. Para algunos autores es esta vinculación la que diferencia a las universalidades de derecho de las universalidades de hecho.

B) Los elementos del patrimonio *son fungibles.* En efecto, como todas las relaciones jurídicas patrimoniales tienen carácter pecuniario, en último término pueden ser reducidas a sumas de dinero y por consiguiente resultan intercambiables. Aubry y Rau utilizan esta idea para explicar la condena a pagar daños y perjuicios en dinero a consecuencia del incumplimiento de obligaciones que no tenían por objeto sumas de dinero y a consecuencia de hechos ilícitos o enriquecimientos sin causa.

C) En el seno del patrimonio *opera la subrogación real.* En efecto, el patrimonio contiene una masa de bienes sujeta a transformaciones continuas. Ahora bien, cuando un bien es enajenado y se recibe otro a cambio, éste ocupa la misma posición jurídica del anterior. Así se explica que el acreedor no puede oponerse a que un bien salga del patrimonio del deudor (a menos que haya fraude), porque su interés queda suficientemente tutelado por la posibilidad de ejecutar el bien que entró en el patrimonio a cambio del que salió. Dentro de este orden de ideas se explica la regla de que el deudor responde de sus obligaciones "con todos sus bienes habidos y por haber" en virtud de la cual el acreedor no sólo puede ejecutar los bienes que tenía del deudor cuando nació la obligación sino también otros que tenga actualmente.

Sin embargo, para Aubry y Rau, la consecuencia de la subrogación real era que el obligado a restituir o a entregar una universalidad jurídica debe entregar los bienes que se hayan subrogado a otros antes

de la restitución o entrega. Es más, los citados autores sostuvieron que la subrogación real no operaba cuando se ejercen acciones relativas a bienes considerados "uti singulis", salvo disposición expresa de la ley.

V. CRÍTICAS

1° Desde diversos puntos de vista se critican las afirmaciones de la teoría clásica en torno a la vinculación entre patrimonio y personalidad.

A) Algunos autores *niegan la tesis de que sólo las personas puedan tener patrimonio* con el argumento de que si todas las relaciones jurídicas de una persona forman un todo no es porque el elemento unificador sea la voluntad de la persona del titular sino que la *unificación proviene del hecho de que todas esas relaciones están afectadas a un mismo fin:* la satisfacción de las necesidades de esa persona. Por lo tanto, donde quiera que haya bienes afectados a una finalidad puede reconocerse la existencia de un patrimonio.

B) *Según muchos no es cierto que toda persona tenga necesariamente un patrimonio* como lo demostraría el hecho del pauperismo. En el mismo sentido se alega que la réplica de la doctrina clásica de que una persona sin bienes conserva su patrimonio y que éste consiste en su aptitud para adquirir bienes en el futuro, lo que hace es cambiar el concepto de patrimonio que originalmente estableció la doctrina clásica (v. "supra"). En otras palabras, la réplica consistiría en llamar patrimonio a lo que sólo puede llamarse capacidad patrimonial.

C) Se insiste también en la insuficiencia de la explicación de la transmisión del *patrimonio mortis causa* con lo cual queda impugnada la tesis de la intransmisibilidad del patrimonio.

D) Se señala también que la indivisibilidad del patrimonio es una noción estrecha que impediría constituir patrimonios separados del patrimonio general para el cumplimiento de ciertos fines.

2° En torno a las afirmaciones de la teoría clásica sobre la subrogación real se hace énfasis en que las mismas no explican la razón de que el deudor responda de sus obligaciones "con sus bienes habidos y por haber". En efecto, si esa norma sólo se fundamentara en la subrogación real en la prenda común de los acreedores entrarían los bienes que el deudor adquiriera a cambio de otros bienes después del nacimiento de la obligación; pero quedarían excluidos los que adquiriera sin que saliera ningún bien de su patrimonio como sería el caso, entre otros, de los bienes que adquiriera por herencia, legado o donación o a título de remuneración de su trabajo.

3° No faltan autores que *critican* a la teoría clásica el hecho de *excluir del patrimonio los bienes y derechos no valorables en dinero.* En este sentido alegan:

A) Que esa exclusión sólo se justificaría porque dichos bienes y derechos son inejecutables por parte de los acreedores; pero que de ser lógicos habría entonces que excluir también bienes y derechos valorables en dinero que por excepción legal no son susceptibles de ejecución forzosa; y

B) *Que la lesión de esos bienes y derechos no valorables en dinero puede engendrar el derecho a una indemnización pecuniaria.* De ambos argumentos derivaron los críticos de la teoría que por lo menos es difícil separar tajantemente los bienes y derechos valorables en dinero de los que no lo son.

TEORÍA ALEMANA

I. ORIGEN

La teoría alemana u objetivista del patrimonio, *no nació de las críticas a la teoría clásica* del patrimonio *sino de elaboraciones propias de la doctrina romanista y pandectista alemana.* Sus principales exponentes son Brinz y Bekker.

II. CONCEPTO

La idea central de la teoría alemana es que *el vínculo* que unifica a los diversos elementos del patrimonio *es su común afectación a un fin.* Según algunos autores de esta corriente esa afectación común basta para mantener unidos los diversos elementos del patrimonio sin que sea necesaria la existencia de una persona a quienes todos ellos pertenezcan, de modo que al lado de los patrimonios con sujeto o personales, habría patrimonios sin sujeto entre los que suelen citar la herencia yacente, la herencia dejada a un concepturus y las fundaciones. *Sin embargo, reputados sostenedores de la teoría alemana,* a pesar de la gran importancia que le dan al hecho de la común afectación a un fin, *aceptan que existe una relación entre patrimonio y personalidad* llegando a definir aquel como el conjunto de derechos que sirven para satisfacer las necesidades de una persona y agregando que en principio es único y que *sólo la ley puede apartar del patrimonio general un conjunto de derechos* para afectarlos a la satisfacción de unas necesidades específicas.

III. CONSECUENCIAS

La independencia radical o mitigada entre las ideas de patrimonio y personalidad permite concebir la divisibilidad del patrimonio. En efecto, nada obstaría en esta doctrina para que una misma persona tuviera tantos patrimonios distintos como fines distintos persiga. Así mismo dentro de la doctrina alemana nada obsta para que pueda transmitirse el patrimonio por acto entre vivos ni para que puedan existir patrimonios sin sujeto.

Sin embargo, la mayoría de los partidarios de la teoría alemana no admiten tales consecuencias sino en forma mitigada o atemperada. Así, por ejemplo, destacan que la división del patrimonio no puede ser realizada por la sola voluntad privada sino que requiere una disposición legal que la autorice y en cuanto toca a la enajenación del patrimonio por acto entre vivos, señalan que más bien es la transmisión de todos los bienes actuales de una persona, y no la transmisión de su patrimonio propiamente dicho.

IV. CRÍTICA

En el aspecto positivo se alaba a la teoría alemana que destaque la afectación común a un fin como elemento unificador del patrimonio y admita la divisibilidad del patrimonio; pero, en cambio, se considera inadmisible la opinión de quienes independizan totalmente las nociones de patrimonio y personalidad.

CONSIDERACIONES FUNDAMENTALES SOBRE EL PATRIMONIO

I. El patrimonio se funda en la idea de personalidad; pero no es un simple atributo de ésta. En efecto:

1° Es imposible prescindir de la persona *como centro de unidad de las relaciones jurídicas patrimoniales*. Es la persona quien contrae las obligaciones, quien adquiere y ejerce los derechos, y quien puede exigir su responsabilidad a otra.

2° *No puede admitirse que un conjunto de relaciones jurídicas puedan ser afectadas a una misma finalidad, independientemente de quien sea el titular de dicho conjunto.*

3° *Tampoco* puede admitirse la idea de *que los bienes son los que dan unidad al patrimonio.*

II. Existe cierta relatividad en el concepto de patrimonio.

La única realidad concreta son las relaciones jurídicas singulares. Por vía de abstracción se ha llegado a la idea de patrimonio al observar que un sector de las relaciones jurídicas de una persona —las de contenido pecuniario— están sometidas en ciertos aspectos a una regulación jurídica común. Sin embargo, y sin negar por completo la importancia del concepto de patrimonio, es de observar que en muchos aspectos no existe esa pretendida regulación jurídica común, como pasaremos a destacar.

1° Al menos varios *derechos de contenido pecuniario están sometidos a reglas distintas de los demás.* En efecto:

A) Existen derechos pecuniarios que, a diferencia de los demás, no son ejecutables por acreedor alguno. Tal es el caso, entre otros, de los bienes señalados en el artículo 1929 del Código Civil.

B) Por otra parte, mientras *la regla general* es que los derechos pecuniarios son transmisibles y además disponibles, *existen varios que no lo son* (p. ej. los derechos de uso y habitación, el hogar, etc.).

Por ello puede decirse que hay derechos de contenido pecuniario que participan de algunos de los caracteres de los derechos extrapatrimoniales. Y a la inversa, es conveniente recordar que la violación de estos últimos suele engendrar un derecho a ser indemnizado, típicamente patrimonial. Resulta pues difícil separar netamente los derechos patrimoniales de los extrapatrimoniales.

2° Por otra parte, *las regulaciones jurídicas del activo y del pasivo del patrimonio, son tan diferentes entre sí que si el concepto de patrimonio abarca a ambos, sólo tiene un valor muy limitado*. En efecto, si bien es cierto que la sucesión *mortis causa* comprende tanto el activo como el pasivo, es innegable que en más de un punto, activo y pasivo son regulados de manera diferente:

A) Evidentemente *el pasivo no forma parte de la prenda común* de los acreedores.

B) Los elementos del *activo, en principio, son libremente transferibles por actos entre vivos*, individualmente o en conjunto, siempre que no haya fraude. *En cambio los elementos del pasivo no son transmisibles por acto entre vivos* al menos sin el consentimiento del acreedor.

C) En nuestro Derecho Civil —a diferencia del Derecho Mercantil— *no existen procedimientos de ejecución universales* o sea, que abarquen a todo el patrimonio sino que el acreedor debe limitarse a ejecutar uno o más bienes del deudor considerados *uti singulis*.

3° También tienen valor muy relativo los caracteres que al patrimonio señala la doctrina clásica, lo que no es de extrañar porque dichos

caracteres *fueron deducidos de la falsa premisa de que el patrimonio es un atributo de la personalidad.* Así, por ejemplo, son inadmisibles las tesis de que el patrimonio es intransmisible y de que es indivisible. Hasta la doctrina clásica admite la transmisión del patrimonio por causa de muerte y si bien la indivisibilidad del mismo puede considerarse una regla generalmente conveniente, no es una derivación lógica y necesaria del concepto de patrimonio puesto que la ley puede permitir la existencia de patrimonios separados cada vez que lo considere conveniente para facilitar el comercio, para evitar perjuicios a determinadas personas o para cualquier otro propósito que considere digno de proteger en esa forma.

PATRIMONIOS SEPARADOS

I. En nuestro Derecho la regla general es *la unidad del patrimonio* en virtud de la cual cada persona no tiene sino un solo patrimonio; pero, por excepción, *la ley en algunos casos admite al lado del patrimonio general de las personas, la existencia de otros patrimonios los patrimonios separados.*

II. En materia civil las principales razones por la cual el legislador ha permitido la existencia de esos patrimonios separados son:

1° Permitir que un conjunto de bienes quede afectado exclusivamente *a la satisfacción de un grupo determinado de acreedores* como es el caso de la separación de patrimonios decretada a solicitud de los acreedores del *de cujus* en virtud de la cual los bienes de la herencia quedan afectados exclusivamente a esos acreedores sin que los acreedores de los herederos puedan ejecutarlos para satisfacción de sus créditos;

2° *Permitir que un grupo determinado de acreedores no pueda hacer efectivo su derecho sobre un conjunto determinado de bienes* como ocurre en la herencia aceptada a beneficio de inventario caso en el cual los acreedores de la herencia, aunque pueden hacer efectivos sus derechos sobre los bienes de la herencia, no pueden hacerlo sobre los bienes personales de los herederos, y,

3° *Facilitar la obtención de ciertos fines* afectando a la consecución de los mismos un conjunto de bienes que se desliga de toda otra finalidad.

III. Los principales casos de patrimonios separados en nuestro Derecho son:

1° El *hogar* que, como se sabe, sale del patrimonio del constituyente y viene a constituir un nuevo patrimonio ya que no responde de las obligaciones de aquél y por cierto tampoco de las obligaciones de ninguna otra persona, no se transmite por herencia a la muerte del constituyente e incluso nadie tiene la libre disponibilidad del bien que quedado afectado a la finalidad de que "gocen de él" los respectivos beneficiarios.

2° La *comunidad legal de bienes de los cónyuges,* ya que los bienes comunes están afectados al cumplimiento de cargas propias señaladas por el Código Civil (arts. 165, 166 y 167) y que además tienen un régimen de administración distinto del régimen aplicable a los bienes propios de cada uno de los cónyuges (C. Civ., arts. 168 y sigtes.).

3° La *herencia aceptada bajo beneficio de inventario,* así como la herencia donde exista separación de patrimonios decretada a pedido de los acreedores del causante. En efecto, en ambas hipótesis los bienes de la herencia forman un patrimonio separado de los demás bienes de los herederos (los llamados bienes personales de los herederos), para finalidades específicas que son en el primer caso, principalmente, evitar que los bienes personales de los herederos queden afectados al pago de las obligaciones del causante y en el segundo caso, para evitar que los acreedores de los herederos concurran con los acreedores del causante en los bienes de la herencia.

4° De acuerdo con la ley especial de la materia, *los bienes fideicometidos,* o sea transmitidos a un fideicomitente constituyen un patrimonio separado de los demás bienes del fideicomitente. No ahondamos en la materia por cuanto ello exigiría hacer el estudio de la institución del fideicomiso, materia que no corresponde a este curso.

5° En materia mercantil los *bienes de la quiebra* forman un patrimonio separado de los demás bienes del comerciante que por excepción no pasen a ser bienes de la quiebra.

6° También en Derecho Mercantil puede señalarse la llamada *"fortuna de mar"*. En efecto, el armador se libera de toda responsabilidad originada con ocasión de la nave si hace abandono de ésta y de su flete a los acreedores.

7° En cambio, es discutible y desde luego discutido, el caso del *fondo de comercio*. En relación con él, se ha sostenido que constituye una universalidad de bienes que comprende desde el punto de vista activo, todos los créditos mercantiles que tiene el comerciante contra terceros, todos los bienes materiales que son objeto de su comercio, ciertos bienes incorporales y, sobre todo, el llamado "derecho a la clientela", mientras que desde el punto de vista pasivo está integrado por todas las deudas contraídas por el comerciante con motivo de su actividad mercantil.

El argumento principal para sostener que el fondo de comercio constituye un patrimonio separado es que cuando el comerciante enajena por acto entre vivos el fondo o sus existencias de modo que haga cesar los negocios de su dueño, si no se han hecho las publicaciones que ordena la ley (C. Com., art., 151), el adquirente del fondo es solidariamente responsable con el enajenante frente a los acreedores de este último (C.Com., art. 152).

Ahora bien, si el fondo de comercio fuera realmente un patrimonio separado, en caso de enajenación, el adquirente del mismo pasaría a ser titular no sólo del activo sino también del pasivo, lo que resulta inadmisible en nuestro Derecho porque implicaría una asunción de deudas por parte de un tercero sin el consentimiento del acreedor.

Cuestión diferente de la idea de patrimonio separado es que en beneficio de los acreedores de los comerciantes cuando éstos enajenan sus fondos de comercio, la ley mercantil haya establecido un sistema especial de protección para evitar que esos acreedores se encontraran

ante el hecho de que su deudor había enajenado el fondo de comercio que le pertenecía sin haber tenido la oportunidad de hacer efectivos sus créditos sobre los bienes integrantes de dicho fondo.

PATRIMONIOS AUTÓNOMOS DESTINADOS O EN ADMINISTRACIÓN

I. Se da el nombre de *patrimonios autónomos, destinados* o *en administración* a aquellos conjuntos de bienes y derechos a quienes falta el titular o cuyo titular permanece temporalmente desconocido.

Al carecer de titular o permanecer éste desconocido, el nexo entre los elementos de estos patrimonios deriva *ya de la titularidad que anteriormente había correspondido a una persona, ya del destino a que están afectados.*

II. Los principales patrimonios de esta categoría son entre nosotros:

1° El patrimonio de la *persona que ha de nacer* (nasciturus); pero que sólo ha sido concebida (conceptus) o que habrá de serlo (concepturus).

2° El patrimonio del *ausente.* Tanto del ausente como del *conceptus* y del *concepturus* se hizo referencia en el primer curso de Derecho Civil.

3° El patrimonio de la *herencia yacente,* o sea, de la herencia cuyo heredero o herederos se desconocen o cuyos herederos testamentarios o *ab intestato* han renunciado a ella y que todavía no ha sido declarada vacante (c.c., art. 1.060). La vacantía debe ser pronunciada por el Juez pasado que sea un año después de fijados los edictos que la ley prevé sin "haberse presentado nadie reclamando fundadamente derecho a la herencia reputada yacente" (C.C., art. 1065). El estudio del régimen de la herencia yacente corresponde al Derecho de las Sucesiones.

III. Son caracteres comunes a los patrimonios antes señalados:

1° El hecho de que están destinados a tener un titular y un titular conocido aun cuando en la actualidad carezcan de titular o el titular sea desconocido.

2° Están sujetos a un régimen de administración temporal mientras dure la inexistencia o desconocimiento de su titular.

3° Salvo el patrimonio del ausente que es siempre un patrimonio separado son más bien parte de patrimonios generales que se convierten en separados cuando se define la persona de su titular.

PATRIMONIOS COLECTIVOS

No constituyen una categoría distinta de otros patrimonios si se atiende a su régimen jurídico. Su característica es que la titularidad de los mismos corresponde a más de una persona. Ejemplo típico de ellos es la comunidad de bienes en el matrimonio.

ÍNDICE

Liminar III
Abreviaturas VII

Primera Parte:
COSAS Y BIENES

CAPÍTULO I
OBJETO DE DERECHO: INTRODUCCIÓN 1
Objeto de Derecho 1
I. Introducción 1
II. Objeto y contenido de los derechos 1
III. Concepciones doctrinales sobre el objeto de derecho 2
IV. Entidades que pueden ser objeto de derecho 3
Cosas 4
I. Importancia del concepto de cosa 4
II. Concepto de "cosa" 4
III. Condiciones o requisitos de la cosa en sentido jurídico .. 6
Cosas y bienes 8

CAPÍTULO II
CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS COSAS: INICIO 11
Introducción a la clasificación jurídica general de las cosas 11
I. Planteamiento inicial 11
II. Fundamento 11
III. Importancia y origen 12

IV. Cuadro general de la clasificación de las cosas 12
Cosas corporales e incorporales 14
I. Introducción 14
II. Conceptos 14
III. Problemática relativa a las fuerzas o energías de la naturaleza y a los derechos subjetivos 15
IV. Enumeración de las principales cosas incorporales 17

CAPÍTULO III
CLASIFICACIÓN GENERAL DE LAS COSAS
(CONTINUACIÓN) 21
Cosas fungibles y no fungibles 21
I. Introducción 21
II. Conceptos 22
III. Fungibilidad y autonomía de la voluntad 23
IV. Importancia de la clasificación 23
Cosas específicas y genéricas 24
Cosas consumibles y no consumibles 26
I. Criterio de clasificación 26
II. Consumibilidad y fungibilidad 28
III. Importancia de la clasificación 28
Cosas divisibles e indivisibles 29
I. Criterio de la clasificación 29
II. Ambito de la clasificación 31
III. Importancia de la clasificación 31
Cosas presentes y futuras 31
Cosas singulares y universales 32
I. Introducción 32
II. Cosas simples y compuestas (cosas singulares) 32
III. Importancia de la distinción entre cosas simples y compuestas 34
IV. Cosas singulares y universales 35
V. Universalidades de hecho y de derecho 36
Cosas principales y accesorias 37

Cosas susceptibles de tráfico, cosas no susceptibles de tráfico y cosas de tráfico prohibido 39
Cosas apropiables y no apropiables 40

CAPÍTULO IV
BIENES MUEBLES E INMUEBLES: ANTECEDENTES DE LA CLASIFICACIÓN 41
I. Introducción 41
Derecho romano 42
I. Orígenes de la clasificación 42
II. Criterio y ámbito de la clasificación 43
III. Trascendencia de la clasificación 43
Antiguo derecho francés 44
I. Orígenes de la clasificación 44
II. Trascendencia y sentido de la clasificación 44
III. Ambito de la clasificación 45
IV. Criterio de la clasificación 45
Codificación napoleónica 46
I. Generalidades 46
II. Criterio de distinción 47
III. Trascendencia y sentido 47
IV. Ambito de la clasificación 48
V. Influencia sobre nuestra legislación 49

CAPÍTULO V
BIENES INMUEBLES Y MUEBLES EN EL DERECHO CIVIL VENEZOLANO (PRIMERA PARTE) 51
Generalidades 51
I. Campo de aplicación de la distinción entre muebles e inmuebles 51
II. Criterio de distinción entre muebles e inmuebles 51
Enumeración legal de los inmuebles 53
I. Inmuebles por su naturaleza 53
II. Inmuebles por su destinación 57
III. Inmuebles por el objeto a que se refieren 62

CAPÍTULO VI
BIENES INMUEBLES Y MUEBLES EN EL DERECHO VENEZOLANO (SEGUNDA PARTE) 69
Enumeración legal de los muebles 69
I. Bienes muebles por su naturaleza 70
II. Bienes muebles por anticipación 72
III. Bienes muebles por el objeto a que se refieren o por determinarlo así la Ley 73
Normas interpretativas 78

CAPÍTULO VII
BIENES INMUEBLES Y MUEBLES EN EL DERECHO CIVIL VENEZOLANO (TERCERA PARTE) 81
Importancia de la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles 81
I. Introducción 81
II. Principales diferencias entre el régimen jurídico mobiliario e inmobiliario 82

CAPÍTULO VIII
BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO Y DEL DOMINIO PRIVADO 93
Generalidades 93
I. Fundamento legal de la clasificación 93
II. Naturaleza e importancia de la clasificación 94
III. Antecedentes históricos 94
IV. Plan de exposición 95
Bienes del dominio público 96
I. Determinación 96
II. régimen jurídico de los bienes del dominio público 99
Bienes del dominio privado 103
I. Introducción 103
II. Régimen Jurídico 104

Segunda parte
LOS DERECHOS REALES

Sección primera
TEORÍA GENERAL

CAPÍTULO IX
TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES 107
Concepto de Derecho Real 107
I. Introducción 107
II. Ubicación de los derechos reales dentro de la clasificación de los derechos subjetivos 108
III. Teorías 110
Determinación de los derechos reales 114
I. Derechos reales legalmente regulados 114
II. La cuestión del número de los derechos reales 115
Clasificación de los derechos reales 118
Caracteres o atributos de los derechos reales 120
Diferencias entre los derechos reales y los derechos de crédito 123
Derechos reales *In Faciendo* y obligaciones *Propter Rem* 126

Sección segunda
LA POSESIÓN

CAPÍTULO X
INTRODUCCIÓN A LA TEORÍA GENERAL
DE LA POSESIÓN 127
Nociones Generales 127
Dificultades del estudio de la posesión 129
I. El hecho y su magnitud 129
II. Principales causas 129
Noticia histórica y de derecho comparado en materia de posesión 131
I. Derecho romano 131
II. Derecho germánico 136
III. Derecho canónico 137
IV. Codificación moderna 138

V. Perspectivas 138
Fundamento de la protección posesoria 139
I. Planteamiento 139
II. Teorías 139
Naturaleza jurídica de la posesión 142
I. Teorías 142
II. Conclusiones 143

CAPÍTULO XI
LA POSESIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO:
POSESIÓN Y DETENTACIÓN 147
Ubicación de la materia en el código 147
Definición legal de posesión 148
Detentación o tenencia 149
I. Concepto 149
II. Caracteres 151
III. Casos de detentación 155

CAPÍTULO XII
LA POSESIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO:
ASPECTOS GENERALES 157
Elementos de la posesión 157
I. El *Corpus* 157
II. El *Animus* 161
Sujetos de la posesión 162
Objeto de la posesión 164
Adquisición, conservación y pérdida de la posesión 166
I. Introducción 166
II. Adquisición o iniciación 166
III. Conservación de la posesión 170
IV. Pérdida de la posesión 171
Sucesión de la posesión 172
I. Formas de sucesión de la posesión 172
II. Continuación de la posesión 172
III. Unión de posesiones 173

CAPÍTULO XIII
LA POSESIÓN EN EL DERECHO VENEZOLANO:
CLASIFICACIÓN Y EFECTOS 175
Clases de Posesión 175
I. Posesión civil y posesión natural, precaria o en nombre ajeno 175
II. Posesión legítima y posesión viciada o viciosa 175
III. Posesión de buena y mala fe 178
IV. Posesión exclusiva y coposesión 180
Cuadro general de los efectos de la posesión 181
La posesión de bienes muebles por su naturaleza y de los títulos al portador 184
I. Antecedentes históricos 184
II. Derecho venezolano 186

CAPÍTULO XIV
LA PROTECCIÓN POSESORIA 191
Formas de la protección posesoria 191
Autodefensa de la posesión 191
Juicio ordinario de posesión 191
Protección interdictal: generalidades 193
I. Introducción 193
II. Caracteres 193
III. Antecedentes históricos 198
IV. Competencia 200
Interdicto de amparo 200
I. Introducción 200
II. Supuesto de procedencia 200
III. Legitimación activa 202
IV. Legitimación pasiva 203
V. Bienes protegidos 204
VI. Plazo 204
VII. Pruebas a cargo del actor 205
VIII. Excepciones del demandado 205
IX. Efectos 205
X. Naturaleza 206

Interdicto de despojo 206
I. Introducción 206
II. Supuesto de procedencia 206
III. Legitimación activa 208
IV. Legitimación pasiva 208
V. Bienes protegidos 209
VI. Plazo 210
VII. Pruebas a cargo del actor 210
VIII. Excepciones del demandado 211
IX. Efectos 211
Interdicto de obra nueva 212
I. Consagración legal 212
II. Supuestos de procedencia 213
III. Legitimación activa 215
IV. Legitimación pasiva 215
V. Efectos 216
VI. Naturaleza 217
Interdicto de daño temido o de obra vieja 218
I. Consagración legal 218
II. Denominación 218
III. Supuestos de procedencia 219
IV. Legitimación activa 219
V. Legitimación pasiva 220
VI. Efectos 220
VII. Naturaleza 220

Sección tercera
DERECHOS REALES DEFINITIVOS

Subsección primera
LA PROPIEDAD

CAPÍTULO XV
LA PROPIEDAD: GENERALIDADES 221
Introducción 221
Terminología 222
Concepto de derecho de propiedad 222

I. Antecedentes históricos 222
II. Derecho venezolano 222
Caracteres del derecho de propiedad 224
I. La propiedad es un derecho exclusivo o excluyente 224
II. La propiedad es un derecho pleno o absoluto 225
III. La propiedad es un derecho elástico 226
IV. El derecho de propiedad es perpetuo 226
V. El derecho de propiedad es autónomo 227
Sujeto del derecho de propiedad 227
Objeto del derecho de propiedad 227
Extensión del derecho de propiedad 227
Contenido del derecho de propiedad 229
I. Fórmula tradicional 229
II. Fórmula bipartita de Planiol 230
III. Crítica moderna 230

CAPÍTULO XVI
DERECHO DE GOCE Y ACCESIÓN IMPROPIA 233
Derecho de goce 233
La accesión en general 234
I. Concepto 234
II. Clases de accesión 234
III. Fundamento de la accesión 235
IV. Naturaleza jurídica de la accesión 235
La accesión discreta, por producción o impropia 236
I. Generalidades 236
II. Frutos y productos 237
III. Clasificación de los frutos 238
IV. Momento de la adquisición de los frutos 239
V. Personas que tienen derecho a los frutos 240

CAPÍTULO XVII
LA ACCESIÓN PROPIA 241
Generalidades 241
I. Concepto 241
II. Naturaleza jurídica 241
III. Condiciones o supuestos 242

IV. Fundamento y mecanismo 243
V. Carácter de la regulación legal 244
VI. Casos 244
Accesión natural en bienes inmuebles 245
I. Generalidades 245
II. Los cuatro casos clásicos 246
Accesión artificial en bienes inmuebles 250
I. Principios generales 250
II. Importancia práctica 250
III. Casos previstos 251
Accesión respecto de bienes muebles 254
I. Principios generales 254
II. Casos previstos 256
III. Reglas comunes 260

CAPÍTULO XVIII
LIMITACIONES LEGALES DE LA PROPIEDAD 261
Limitaciones de la propiedad 261
Limitaciones legales de la propiedad: generalidades 262
Limitaciones legales que tienen por objeto la utilidad pública 262
I. Caracteres 262
II. Régimen jurídico 263
III. Enumeración 263
Limitaciones legales que tienen por objeto la utilidad privada 263
I. Finalidad 263
II. Régimen jurídico 264
III. Caracteres 264
IV. Enumeración 266

CAPÍTULO XIX
ACCIONES QUE TUTELAN DEL DERECHO DE PROPIEDAD 267
Introducción 267
Acciones del propietario 267
I. Acciones petitorias 268
II. Acciones posesorias 268

III. Acciones personales de restitución 269
IV. Acciones de resarcimiento o indemnización 269
V. Acciones penales 269
Acción reivindicatoria 269
I. Concepto 269
II. Caracteres 270
III. Condiciones 271
IV. Pruebas a cargo del actor 272
V. Excepciones que puede oponer el demandado 275
VI. Efectos de la acción reivindicatoria 276
Acción de declaración de certeza de la propiedad 276
I. Concepto 276
II. Caracteres 277
III. Legitimación activa y pasiva 277
IV. Pruebas a cargo del actor 277
V. Excepciones que puede oponer el demandado 278
VI. Efectos de la acción 278
VII. Caso especial 278
Acción de deslinde 278
Acción negatoria 281
I. Concepto 281
II. Caracteres 281
III. Condiciones 281
IV. Pruebas que incumben al actor 282
V. Excepciones que puede oponer el demandado 282
VI. Efectos de la acción 282

CAPÍTULO XX
LA COMUNIDAD 283
Concepto de comunidad 283
Concepciones históricas de la copropiedad 284
Origen y nacimiento de las comunidades 286
Duración de la comunidad 287
Régimen de la comunidad 288
Extinción de la comunidad 289
Clases de comunidad 291

Presunción de comunidad entre concubinos 292
I. Antecedentes 292
II. La Reforma de 1982 396

CAPÍTULO XXI
RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL DE LA COMUNIDAD 299
Introducción 299
Derechos y Deberes de los comuneros 299
I. Principios fundamentales 299
II. Sistemática 300
III. Derechos de los comuneros sobre sus cuotas 300
IV. Derechos de los comuneros sobre la cosa común 304
Relaciones obligacionales de los comuneros frente a terceros 309
Derechos de los acreedores 309
Acciones petitorias y comunidad 310
Acciones posesorias y comunidad 311
I. Principio fundamental 311
II. Los interdictos de amparo y de restitución entre comuneros 312
III. Los interdictos de amparo y de restitución frente a terceros 313

CAPÍTULO XXII
INTRODUCCIÓN: INDIVISIÓN FORZOSA, MEDIANERÍA. COPROPIEDAD DIVIDIDA. DERECHO DE SUPERFICIE 315
Introducción 315
Indivisión forzosa y perpetua 315
I. Concepto 315
II. Especialidad 315
III. Principales casos 316
Medianería 317
I. Concepto 317
II. Normas rectoras 317
III. Presunciones 317
IV. Constitución coactiva de la medianería 318

V. Derechos y deberes de los medianeros sobre la cosa común 319
Copropiedad dividida 321
Derecho de superficie 322
I. Concepto 322
II. Admisión en nuestro derecho 322
III. Naturaleza 323
IV. Principales casos 323
V. El problema básico de su regulación 324

CAPÍTULO XXIII
PROPIEDAD HORIZONTAL (INICIO) 329
Introducción 329
Antecedenteslegislativos 326
Denominación 328
Característica esencial 328
Ambito material 329
Regulación 330
Campo de estudio 331
Apartamentos o locales 331
I. Concepto y terminología 331
II. Regulación legal de los apartamentos o locales 333
Cosas susceptibles de propiedad exclusiva que no son apartamentos o locales 336
Cosas privativas 336
Las cosas comunes 337
I. Clasificación 337
II. Determinación de las cosas comunes 337
III. Naturaleza del Derecho sobre las cosas comunes 340
IV. Cuantía de la participación en las cosas comunes 340
V. Derechos de cada propietario sobre las cosas comunes .. 341
VI. Mejoras en las cosas comunes 342
VII. Innovaciones y otros actos 342
VIII. Gastos comunes 342
IX. Las cosas comunes y la destrucción o amenaza de ruina del edificio 344

CAPÍTULO XXIV
PROPIEDAD HORIZONTAL (FIN) 345
El documento de condominio 345
I. Obligatoriedad y naturaleza 345
II. Contenido 346
III. Recaudos anexos 349
IV. Modificación del documento de condominio 350
V. Valor del documento de condominio 350
La administración 351
I. La junta de condominio 351
II. El administrador 352
III. Los acuerdos de los copropietarios 355
Multipropiedad y tiempo compartido 357
I. Introducción 357
II. Concepto y clasificación legal de la multipropiedad y del tiempo compartido 358
III. Comparación entre las nociones de multipropiedad y de tiempo compartido 359

CAPÍTULO XXV
MODOS DE ADQUIRIR - LA OCUPACIÓN 361
Modos de adquirir 361
I. Concepto 361
II. Enumeración 361
III. Clasificación 362
La ocupación 363
I. Concepto 363
II. Supuestos 364
III. Efectos 365
IV. Casos especiales 365

CAPÍTULO XXVI
USUCAPIÓN 369
La prescripción 369
La usucapión: introducción 370
Objeto de la prescripción adquisitiva 372
Tiempo necesario para usucapir 373

Cómputo del tiempo necesario para prescribir 374
Causas que impiden la prescripción adquisitiva 375
Causas que suspenden la prescripción adquisitiva 376
Causas que interrumpen la prescripción adquisitiva 378
Prescripción ordinaria 380
Prescripción abreviada 381
Efectos de la usucapión 382

CAPÍTULO XXVII
EL CONTRATO COMO MODO DE ADQUIRIR
LA PROPIEDAD 385
Transmisión contractual y consensual de la propiedad
en el derecho venezolano 385
Antecedentes históricos de la transmisión contractual
y consensual de la propiedad 386
Crítica del sistema de la transmisión consensual de la propiedad . 388

Subsección segunda
DERECHOS REALES LIMITADOS

CAPÍTULO XXVIII
TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS REALES
LIMITADOS 389
Concepto 389
Denominación 390
Caracteres 393
I. Caracteres en su aspecto activo 393
II. Caracteres en su aspecto pasivo 396
Principales categorías 397
Sistemática legal 399

CAPÍTULO XXIX
USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN 401
Generalidades sobre usufructo, uso y habitación 401
I. Nomenclatura y sistemática 402
II. Caracteres comunes 403

III. Función económica e intereses en juego 403
IV. Carácter de la reglamentación legal 403
Usufructo 403
I. Concepto legal y función económica 403
II. Naturaleza jurídica 404
III. Usufructo y enfiteusis 405
IV. Duración 405
V. Objeto 406
VI. Constitución 407
VII. Derechos del usufructuario 408
VIII. Obligaciones del usufructuario 412
IX. Derechos del nudo propietario 417
X. Obligaciones del nudo propietario 417
XI. Extinción del usufructo 418
XII. Acciones en materia de usufructo 422
Uso y habitación 423

CAPÍTULO XXX
EL HOGAR 425
Introducción 425
Noción general 426
Ubicación legal 426
Interés 426
Bienes susceptibles de ser constituidos en hogar 426
Personas que pueden constituir el hogar 427
Personas en cuyo favor puede constituirse el hogar 427
Procedimiento de constitución 428
I. Finalidad 428
II. Etapas 428
Efectos de la constitución del hogar 430
Naturaleza jurídica del hogar 431
Extinción del hogar 432

CAPÍTULO XXXI
LAS SERVIDUMBRES 435
Concepto de servidumbres 435

Caracteres de las servidumbres 437
Servidumbres y limitaciones legales de la propiedad establecidas en interés privado 439
Contenido de las servidumbres 440
Clasificación de las servidumbres 440
Modos de constitución de las servidumbres 442
I. Generalidades 442
II. Modos de constitución de las servidumbres aparentes ... 442
III. Modos de constitución de las servidumbres no aparentes 444
IV. Caso especial 445
Transmisión de las servidumbres 445
Ejercicio y extensión de las servidumbres 445
Modificación de las servidumbres 447
Acciones en materia de servidumbres 448
Extinción de las servidumbres 449

Capítulo XXXII
EL PATRIMOMO 453
Nociones preliminares 453
I. Sentido etimológico de "patrimonio" 453
II. Acepciones de "patrimonio" en el lenguaje vulgar 453
III. Dificultad de precisar la noción jurídica de "patrimonio" 454
IV. Ubicación del estudio del patrimonio 454
V. Utilidad de la teoría jurídica del patrimonio 455
VI. Aproximación a la teoría jurídica del patrimonio 456
Teoría clásica 457
I. Origen 457
II. Concepto de patrimonio 458
III. Contenido del patrimonio 458
IV. Caracteres jurídicos del patrimonio 459
V. Críticas 462
Teoría Alemana 463
I. Origen 463
II. Concepto 464

III. Consecuencias 464
IV. Crítica 465
Consideraciones fundamentales sobre el patrimonio 465
Patrimonios separados 467
Patrimonios autónomos, destinados o en administración 470
Patrimonios colectivos 471